دكتور
عبدالله مبروك النجار
أستاذ القانون المدنى بجامعة الأزهر
عضو مجمع البحوث الإسلامية
محام بالنقض

التعويض عن فسخ الخطبة

أسسه ، ومدى مشروعيته فى الفقه الإسلامى والقانون

الطبعة الأولى
٢٠٠١ — ٢٠٠٢

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ ش عبدالخالق ثروت بالقاهرة



قال الله تعالي :

﴿ ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل ،
إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في
الأرض بغير الحق ، أولئك لهم عذاب أليم ﴾

" الآيتان ٤١ ، ٤٢ من سورة الشورى "

صدق الله العظيم

تقــــديـــم

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعـده ، سـيدنا ونبينا محمد بن عبد الله ، الرحمة المهداة ، والنعمة المسـداة ، صلـى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه ومن سار على منـوال شـريعته واتبـع منهاج دينه إلى يوم الدين ، وبعد

فلقد كان الضرر - ولا يزال - هو السبب الأساسي من بين جملـة الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد والجماعات ، وحصـول التقاضي بشأنه في ساحات العدالة ، ولما كان الضـرر هـو الأذى الـذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه التي يحرص عليها ، أو شأن من شئونه التي يعتز بها ، ولا يتحمل التفريط فيها . فإنه - لـهذا الاعتبـار - كـان متغيراً في طبيعته ومداه ، بحسـب تغـير أوضـاع الأفـراد ومراكزهـم وأحوالهم وأزمانهم وأماكن معيشتهم وما يسود من مفاهيم وأعراف ونظـم ، كما كان متنوعاً بحسب المصلحة التي ينال منـها ، ومـا إذا كـانت تلـك المصلحة مادية تتعلق بالكيان المالي للشخص ، أو أدبية ؛ تتعلق بالمقومـات الأدبية والكرامة الإنسانية التي تشكل حياته ، ويقوم عليها شرفه واعتباره ، وهذه الأخيرة تتنوع بحسب فروعها وأقسامها إلى عدة فروع ، فمنـها مـا يصيب الإنسان في شرفه وسمعته ، ومنها ما يصيبه من جـراء المسـاس بحق من حقوقه ، ومنها ما يمس بخصوصيات حياته ، ومنها ما يقع علـى عواطفه الإنسانية ، ومشاعره الوجدانية ، فيحدث له خللاً في مسيرة حياتـه يجعله في عنت وضيق واضطراب نفسي لا يحس معه براحه ، ولا يشـعر معه بهدوء ، وهذه الأنواع من الأضرار ، تشكل - في حد ذاتها - أركانـاً

للمسئولية عنها ، إذا وجدت مع غيرها من الأركان ، وجاءت مستوفية للشروط اللازمة فإن أثرها القانوني يترتب عليها ، ويكون لمن وقع عليه ذلك الأذى أن يرفع أمره للقضاء مطالباً بالتعويض عن تلك الأضرار ، ولا يكون ثمة مفر أمامه من نظر النزاع المتعلق بذلك الضرر ، بعد أن فشا أمره وكثر وقوعه ، وأصبح معلماً أساسياً مع المعالم التي تشكل نشاط التقاضي في المحاكم ، حتى إن من يطالع مجمل القضايا المثارة أمام القضاء يجد أن معظمها يدور حول التقاضي بسبب أضرار أدبية تتعلق بالكيان الأدبي للإنسان ، وهذا الجانب من حياته حرى بذلك وأكثر ، لأن كرامة الإنسان تعد شيئاً كبيراً في حياته إذا فقده ، فإن تلك الحياة لا يكون لها قيمة ، بل ولا يكون للوجود كله بدونها جدوى أو هدف .

والضرر الناشئ عن فسخ الخطبة يعتبر واحداً من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير في الحياة ، لأنه قد يزلزل كيان من يقع به ، أو يفقده معنى الإحساس برجولته ، بل قد يقوض مستقبله تماماً فلا يستطيع أن يحيا كما يحيا غيره في وسط أسرة ، وبصحبة زوج ، ويكون مصيره الفشل في الارتباط الموصل لذلك ، ولا يجنى سوى العزلة والعيش منفرداً بين حوائط أربع ، دون أن يجد الجليس أو ينعم برفقة الأنيس ، وقد تكون تلك العزلة محتملة في ريعان الشباب ، وفترة الرجولة والفتوة ، إلا أنها عند تقدم السن وإدبار الحياة تصبح جحيما لا يطاق ، وعذابا لا يتصور ، حين يرى من يعيش وحده في منزل يلفه الصمت ، وقد انشغل عنه إخوته وذو وأقرباه ومعارفه بشئون حياتهم الاجتماعية الخاصة ، فلا يحظى منهم بالسؤال عنه، أو تذكر وجوده ، إلا في الحالات النادرة التي تسمح بها ظروفهم ، أو التي يخلعون فيها أنفسهم خلعا من مشاغل الحياة ، ثم يرد بخاطرهم -

بعد ذلك - إذا تذكروا ، أن لهم قريباً مسناً يحتاج لمن يسأل عنه ، أو رحم مقطوعة تستجير بذوي القربى أن يصلوها ، وهذه الأضرار وغيرها وما يترتب عليها ، تعد بعضاً مما يأتلف منه الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة ، ولهذا كان ذلك الضرر مما يرقى لأن يكون سبباً للتعويض .

بيد أن التعويض عن الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة تحوطه مجموعة من الاعتبارات التي تجعل له طبيعة متميزة ومضموناً خاصاً ، وسبب ذلك أن العدول - في ذاته - لا يجوز أن يقترن بما يمس حرية اختيار الإنسان لمن يرغب في الزواج منه ، وذلك احتراماً لتلك الحرية التي تعد مدخلاً أساسياً لتكوين الأسرة على الأسس التي يقبلها ، حتى تكون خلية سليمة فيه ، ولا تتحول إلى بؤرة للفساد ومكمن للخطر الذي يهدد الاستقرار ويقوض الوجود ، ولهذا كان من المتفق عليه ، أن العدول في ذاته لا يكون ضرراً يستأهل التعويض ، وإنما الذي يستحق التعويض هو ما قد يصاحب العدول من تصرفات يمكن أن تشكل بذاتها ضرراً مؤثراً على حياة الإنسان ومستقبل وجوده ، وكان تأكيد ذلك من خلال البحث أمرا لازماً .

ثم إن التعويض عن الضرر ، وما يتعلق به من أسس ذلك التعويض وكيفيته ، مما يقتضي بحثاً ودراسة ، حيث يتوقف تقريره وتقديره على معرفة نوع المسئولية الذي سوف يتم التعويض على أساسه ، ومعرفة نوع المسئولية يقتضي التطرق إلى طبيعة الخطبة ، وما إذا كانت عقداً أو وعداً أو غيرهما .

إن هذه المسائل وغيرها تمثل محلاً لتلك الدراسة ، وهـي - كما يبدو من تلك الإشارة العاجلة إليها - تحظى بدرجة عالية من الأهمية في حياة الناس ، ومثلها مما يساعد القضاة والعاملين في حقل العدالة وطلاب العلم على الاستنارة بما قد يجدونه فيها من حلول تساعد على وجود عدالة بصيرة في الموضوع ، وتؤدي إلى الانتصار للحق على نحو ما أمرنا الله - تعالى - به ، ولا أكتم القارئ سراً ، أن هذا البحث مما يلقي اعتزازاً خاصاً في نفسي ، ويسعدني - بقدر ما يشرفني - أن أقدمه له .

أدعو الله - تبارك وتعالى - أن يجعلها مفيدة ومؤدية للهدف السامي الذي ألفت من أجله ، وأن ينفع بها طلاب العلم والعاملين في حقل العدالة بدرجة سواء ، هذا وبالله التوفيق .

تحريراً في ٢٠٠١/١٠/٦

دكتـــور

عبد الله مبروك النجار

أستاذ القانون المدني بجامعة الأزهر

والمحامي بالنقض

تمهيد

أهمية دراسة آثار العدول عن الخطبة

١- لدراسة آثار العدول عن الخطبة أهمية عالية فى حياة الناس ، فقد أصبح ذلك الموضوع مما تعم به البلوى ، حيث كثر وقوع الخطبة كثرة كبرى عن ذي قبل ، بعد أن تطورت الظروف الاجتماعية التى تحتوى الرجال والنساء، وأصبح من اليسير على الرجل أن يلتقي مع المرأة فى مجالات الحياة المختلفة كالتعليم والعمل وغيرهما، وهو ما يمكن معه حدوث الميل من أحدهما تجاه الآخر، ولم يعد من العسير فى ظل تلك الظروف أن يعبر كل منهما لصاحبه عن تباريح الهوى التى تعتمل فى قلبه بطريقة سهلة وميسورة ، وهو ما لم يكن متاحاً من قبل فى ظل ظروف اجتماعية كانت ترى فى مجرد نظر الرجل للمرأة كبيرة أخلاقية ، تشكل جريمة اجتماعية ، وفعلاً شائناً يرمى بصاحبه فى أتون الاحتقار الاجتماعي المشين، وكان لدى الأبوين والأسرة الحافز المستمر لحماية تلك التقاليد ومراقبة تصرفات البنين والبنات ، على نحو يمنع الاختلاط منعاً مطلقاً فلا يسمح به إلا فى أضيق الظروف وأشدها حرجاً وحاجة، وإذا حدث ذلك، فإنه لابد أن يتم تحت إشراف كامل من الأبوين أو أحد أفراد الأسرة، وعلى مرأى من عيون جاحظات لا يغيب عنها أدنى تصرف أو إشارة أو عبارة تقع منهما، وإذا تم اللقاء على غير هذا المنوال تكون الطامة الكبرى والنازلة العظمى ، التي يمكن أن تطير فيها الرقاب وتعقد لها مجالس المحاكمات ، ويتحدث بهولها الركبان.

ومن المنتظر فى ظل ذلك الاهتمام الاجتماعي اليقظ بما يدور بين الفتى و الفتاة من تصرفات فى مثل تلك اللقاءات المحدودة، والتى تتم تحت المراقبة وفى غير خلوة ، أن يكون إعلان الخطبة نابعاً من أحضان تلك الرقابة الأسرية ، وفى ظل حصافتها وكياستها وعميق تجربتها وحسن تقديرها للأمور ، فإذا ما وقعت وتم الاتفاق عليها، يكون ذلك الاتفاق قد قام على أساس يعطيه قوة البقاء ، ويجعله صالحاً للوصول إلى النهاية المرجوة والغاية المقصودة من الخطبة وهى الزواج، فإذا تحقق ذلك المراد لا يكون للكلام عن آثار العدول مقتضى أو داع.

٢ – لقد تغيرت تلك الظروف تغيراً يكاد يكون تاماً، وغدا اللقاء بين الفتى والفتاة ميسوراً فى المدرسة والجامعة والمكتب والمصنع والشارع ، ولم يعد الأمر قصراً على اختلاس النظرة من وراء الحجاب ، أو خلف المشربيات أو فى جنح الظلام حين تخرج الصبايا لملأ جرارهن من جداول المياه أو مساقي الري ، أو مضخات المياه العمومية، وأصبح من المقدور أن يتحدث الفتى مع الفتاة وأن يشاركها الدراسة والعمل، وأن يشعر نحوها بالميل كما تشعر هى بذلك ، ولم يعد لدى كل منهما غضاضة فى التعبير عن العواطف البشرية فى ظل أجواء تستدرجهم لذلك بالغناء العاطفي الذي يتسلل إلى آذانهم عبر الأثير فى الصباح والمساء وطوال الليل ، وأعمال درامية ترغب فى تلك الميول وتحرض عليها، وتجد صدى لها عند حملة الأقلام وأرباب الفكر الذين لا يكفون عن ملاحقة تلك الأعمال بالكتابة عنها مدحاً فيها وثناء عليها أو قدحاً لها وذماً فيها، ولتكون المحصلة النهائية لكل ذلك ، هي لفت أنظار الشباب إليها وتحويل اهتمامهم لها حتى لم يعد البعض يتصور الحياة إلا من خلال

الحب، وفى إطار ذلك الغناء الذى يدغدغ المشاعر، ويعلم الفتى والفتاة كيف يمارس هذا اللون من السلوك قولاً بالكلام المعسول، والعبارات المنمقة، وعملاً بتقديم الورود وإبداء الوله والتخاطب بالعيون.

وبصرف النظر عما يعتور تلك الأجواء من وجوه الخطأ، وما يحيط بها من ألوان الخطر، إلا أنها أصبحت واقعاً اجتماعياً مألوفاً، وأصبحت مبادئ الدين وهديه فى ظلها غريبة على كثير من الناس ، إلا من رحم ربك وعصمه من مخاطر البث وغزو الأثير. ولو تم الارتباط فى ظل تلك الظروف الشائنة فإنه يكون ارتباطا هشا لا يقوم على أساس يصلح لبناء أسرة ولا لتكوين ، بيت فإذا ما شرعا فى الارتباط وارتادا بدايات الطريق لا يلبث الفشل أن يدب إليهما، ولا يتوانى الفراق أن يسرع لخطبتهما، ليثبت بحق أن ما بنى على الخطأ لا يمكن أن يوصل إلى صواب، وأن المقدمات الخاطئة لا يمكن أن توصل إلى نتائج صحيحة، وأن نعمة الله لا يمكن أن تنال بالمعصية، ثم لا يلبث ذلك الكلام المعسول أن يكون ككلام الليل المغلف بالزبد، فإذا ما صادف أول خيط من حرارة شمس النهار ساح وراح، ومن ثم يحدث العدول وتثور مشكلاته بين الأسر، ثم تعرف طريقها إلى ساحات المحاكم.

٣- يضاف إلى ذلك أن النفاق الاجتماعي أصبح سمة من سمات العصر، وغالبا ما لا يقتصر الأمر عليه فى مجال الخطبة، بل يقترن معه الغش والكذب والخداع والتدليس لاجتذاب الميول، ثم تتوالى المواقف سريعا مع اهتمام كل من الطرفين بدراسة ظروف صاحبة ، ومراقبة أخلاقه وتصرفاته لتكشف عن ذلك الزيف، وتبرز ما وقع فيه كل طرف تجاه

صاحبه من كذب وغش وخداع ، فيكون رد الفعل سريعاً جهة العدول عن الارتباط الذى حدث والخطبة التى تمت، وقد يعد الشاب خطيبته بوعود حالمة ، تأخذ بخيالها نحو الجنة الموعودة فى حياة رغيدة تعيش فيها بين رفه الأرائك ولذيذ المطاعم والمشارب، وجميل المراكب والمساكن، فلا تشعر فى الحياة بمشكلة ولا تخاف على مستقبلها هماً أو غماً، ثم لا يلبس العجز المادي الذي يفترس الشباب ، والغلاء الفاحش الذي يسيطر على الحياة أن يحولا بينه وبين تحقيق وعوده الوردية، وأحلامها العسلية ، بعد أن تكون الخطبة قد تمت والإعلان عنها قد حصل، فلا يكون ثمة مناص من إنهائها، أو مفر من العدول عنها.

٤- وقد يكون لكل من الخطيبين مواصفات تعتمل فى خاطره تجاه من يتغياه شريكاً لحياته، فإذا كان معظم الناس فيما مضى لم يكونوا ينتظرون من الزوجة إلا أن تكون سيدة منزل وربة بيت، لا تصلح إلا لحفظ المعاش وتربية الأولاد، ولا تنتظر المرأة من زوجها إلا أن يكون رب أسرة فحسب يقوم بالإنفاق عليها وعلى أولادها، فقد تغيرت تلك النظرة وأصبح قرار الرجل فى الارتباط بالمرأة وقبولها زوجة له ، رهناً بثقافتها ، أو الشهادة التي تحصل عليها ، أو الوظيفة التي تتقلدها، أو المركز الاجتماعي الذي تتمتع به، كما أصبح قرار المرأة فى الارتباط بالرجل ، وقبوله زوجاً لها متوقفاً على مستجدات معاصرة تدور حول شخصية الزوج ولباقته وذوقه ومظهره، وما يتمتع به من مركز اجتماعي أو أدبي أو وظيفي في المجتمع، فإذا ما دخل كل طرف مع صاحبه فى خطبة وهو مقتنع بواحد من تلك الاعتبارات التى يرى فيها إشباعاً لميوله وإرضاء لما يراه، ثم

فوجئ بخلاف ذلك، فإن مصير تلك الخطبة لابد أن يئول إلى الفشل، الــذى يعرف طريقه نحو القضاء غالباً.

٥- وهناك أمر آخر بات يمثل درجة كبيرة من الأهمية فى دراســة آثــار العدول عن الخطبة، فقد ضاقت صدور الناس عن ذي قبل بسبب ضغــوط الحياة وشدة المنافسة على تحصيل حظوظ النفس منها فى ســبيل مســتوى المعيشة التى يرسمها كل إنسان لنفسه، وفى ظل تلك الأخلاق الجديــدة لــم يعد للحلم أثر عند النزاع، ولا للصبر وجود عند الخلاف، فإذا ما استشــعر كل طرف فى الخطبة التفاتاً من صاحبه أو فتور عاطفتــه نحــوه، أو قــل رصيد الكلمات الحانية عنده أو عبارات النفاق والزلفى التى كــان يتلقاهــا منه، فإنه سرعان ما يبادله نفس الفتور ويبادره نفس الشعور، ثم لا تلبــث العلاقة أن تتدهور سريعاً ، فلا يتورع كل منهما أن يشغب على صاحبــه ، ويقذفه بما يتوافر لديه من أسلحة الدمار الاجتماعي الشامل ، ســبا وشــتما وتحقيراً ونيلاً بإطلاق الإشاعات ، وتلفيق الاتهامات التى يدعى الخــاطب فيها على من كانت خطيبته بالأمس أنها تعانى الأمراض النفســية، وأنــها كانت ستأكل ذراعه لولا أن نجاه الله منها، كما لا تخجل الخطيبــة وأهلــها فى ظل تلك الأخلاق التى ولدت من ضيق الصدور أن يرمــوا مــن كــان خطيباً لابنتهم بأنه كذاب بخيل، وشره أكول، وأنه كان يكلم نفســه، وليــس بينه وبين الجنون سوى خطوات معدودة، وأنه سيئ الأخلاق وقــد ضبــط عدة مرات فى رشاوى وسرقات، ثم يختم كل منهما تلك التــهم بحمــد الله والثناء عليه لأنه قد نجاه منه، وحماه من شروره.

إن تلك الاتهامات المتبادلة بين الطرفين والتى تولدت من ضيق الصدور سرعان ما تمس الكرامة وتجرح الخصوصية فتستثير فى نفس المجروح الرغبة فى الانتقام ، وشفاء الغليل فتكون ساحات القضاء هى الملاذ ، وقاعات المحاكم هى الملتقى.

٦- وقد كان الناس فيما مضى يخجلون من نشر تلك المنازعات ذات الصلة الوثيقة بالشأن الخاص للإنسان والتى غالباً ما تجرى وقائعها خلف الأبواب المغلقة وداخل البيوت، إلى ساحات المحاكم، وذلك حفاظاً على السمعة ، وخوفاً على ما يهدد كل طرف من المخاطر الاجتماعية ، عندما يشرع في إقامة علاقة جديدة، أو يبدأ فى خطبة غير تلك التى اعتراها الفشل ، ودب فيها دبيب الكره والشقاق، ولأن الفتاة بوجه خاص كانت تعتبر فشلها فى الخطبة فألاً سيئاً تخشى أن يظل شبحه ملازماً لها فى مستقبل أيامها ، وعندما تريد أن تنسى ذلك الذى أتعسها وجَر عليها الآلام والأحزان، كما أن تجربة اللجوء للقضاء كانت هى الأخرى محفوفة بالمخاطر حيث لم يكن الحكم بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن العدول قد استقرت أسبابه فى يقين العدالة ، أو مما جرى به عرف القضاء، ومن ثم لم يكن جانب الأمان مضموناً فى خوض تلك التجربة.

لكن تلك المفاهيم قد تغيرت، وأصبح اللجوء للقضاء أمراً عادياً فى ظل أعراف انحصر فيها مفهوم العيب إلى ما يكاد يمثل جريمة يعاقب عليها الشرع ويجرمها القانون، ولم يعد ثمة حرج فى أن تتحدث الفتاة عن تجربتها السابقة مع خطيب سابق لها، أو حتى عن طلاقها من زواج سابق، فمثل تلك المسائل أصبحت من الأمور العادية التى تعتبر دليلاً على شجاعة

المرأة وقوة شخصيتها، حين لا تجد غضاضة فى أن تصارح من يتقدم لـــها بعد تلك التجربة الفاشلة عن أدق تفصيلاتها، وقد يكون في ذكرها مـــن أول الطريق الجديد عبرة مفيدة للسير فيه على أساس يتلافيا به أسباب الفشـــل، وإذا كان من العادي على الفتاة أن تحكى ذلك أمام من يتقـــدم لخطبتـــها ، وفي الموطن الذي يخصها ، ويمكن أن يصاب فى مقتل من ذكره، يكـــون من الأسهل أن ترفعه للقضاء وأن تحكى تفصيلاته أمامه ، ثأراً لكرامتـــها ومطالبة بالتعويض عن المضار التى لحقتها.

كما تغيرت مفاهيم العدالة تجاه التعويض عن تلك المضار، وأصبح من المقرر قضاء وقانونا الحكم بالتعويض عنها، وذلك من شأنه أن يشجع على اللجوء بها إلى القضاء.

٧- ويضاف إلى كل ما تقدم اختلاف القضاء بشأن تكييف الخطبة. فذهب بعض أحكامه إلى أنها عقد من العقود، ومن شأن العدول عنه أن يسأل مـــن عدل مسئولية عقدية، ومن الأحكام ما ذهب إلى أن العدول حق للأفراد، إلا أنه حق مقيد بعدم إساءة استعماله، فإذا أساء من عـــدل تكـــون مســـئوليته تقصيريه، لأن عدوله دون سبب مشروع أو معقول أو بناء علـــى مجـــرد الهوى يمثل إساءة لاستعمال حقه فى العدول.

ومن الأحكام ما ذهبت إلى أن الخطبة ليست عقدا وليست ملزمـــة، وأن العدول عنها مباح حتى لا يتم وضع القيود على حرية الأفـــراد عنـــد الارتباط، فذلك من شأنه أن ينافى حرية الزواج وهى من النظـــام العـــام ، ومع ذلك فإن بعض تلك الأحكام ، مع إقرارها بأن العدول حق فى ذاتـــه ،

ومباح ، إلا أنها تقرر أنه إذا ترتب عليها ضرر بالطرف الآخر، فإن الأمر يعد فعلاً ضاراً يمكن أن يحكم بالتعويض على أساسه.

وقد لقي هذا الاختلاف القضائي صدى فى الفقه، وفى التشريعات المختلفة، فوقع الخلاف فى الرأى حول ما إذا كانت المسئولية عند العدول قائمة على أساس العقد، أو على أساس الخطأ التقصيرى، أو المسئولية التقصيرية بصفة عامة. ومن التشريعات تلاشت التعرض لأحكام الخطبة بالتفصيل ، كالقانون الإنجليزي الذي اعتبرها عقداً من العقود، وأخضعها للنظرية العامة للعقود.

ومنها تشريعات حاولت أن توفق بين مبدأ حرية الزواج ومبدأ المسئولية التعاقدية، فاعتبرت الخطبة عقداً ملزماً، إلا أنه لا يؤدى إلى إلزام أى من الطرفين بإتمام الزواج، وإنما ينبني عليه فقط إلزام الممتنع عن الإتمام بتعويض الطرف الآخر، ما لم يثبت أن امتناعه كان بمسوغ شرعي، وذلك إعمالاً للمبادئ العامة فى المسئولية التعاقدية، وذلك ما نحا إليه القانون الإيطالى، والقانون الألمانى، والقانون السويسري[1].

---

(1) د. السعيد مصطفى السعيد – مدى استعمال حقوق الزوجية، وما تتقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصرى الحديث – رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٣٥ – ص ٥٢ وما بعدها.

د. سليمان مرقس – العدول عن الخطبة وما يترتب عليه من مسئولية – مجلة القانون والاقتصاد – س ١٣ – ص ٣٥١.

د. توفيق فرج – الطبيعة القانونية للخطبة، وأساس التعويض فى حالة العدول عنها – ص ٨.

٨- ومن ثم يبدو أن الأمر ليس سهلاً، وإنما هو بحاجة إلى دراسة تُجلي جوانب الفقه والتشريع فيه وتمنع التداخل بين موضوعاته، وتؤدى إلى تقرير اتجاه القضاء فيه على نحو يؤدى إلى تيسير التطبيق، وبيان الرأى الذى يحقق العدل والمصلحة لأطرافه، ومنشأ الصعوبة فيه - كما قيل - حاصل من أن مبدأ المسئولية عن العدول يؤدى إلى إهدار مبدأ حرية الزواج وكلاهما - معاً - مما يهم المجتمع فإذا كان مبدأ المسئولية يحقق العدالة فيه، فإن مبدأ حرية الزواج يؤدى إلى حفظ كيان الأسرة وهى أس المجتمع ، والخلية الأولى التي يتألف منها بناؤه[١].

والذى يهمنا من طرح الموضوع للدراسة ، معرفة ما إذا كانت هناك مسئولية فى حالة العدول عن الخطبة أم لا، وإذا كانت هناك مسئولية، فما هو الأساس الذي تقوم عليه، وهل هى مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية ؟، وذلك كله يقتضى بيان طبيعة الخطبة، إذ هو بمثابة الوصف لها والحكم عليها، وكما يقولون: فإن الحكم على الشيئ فرع عن تصوره، ولا شك أن قواعد الأحوال الشخصية هى التى تحدد القيمة القانونية للخطبة ، ومدى ما ينشأ عنها من حقوق وارتباطات، وفى النهاية ينبغى بيان كيفية التعويض عند العدول عنها.

خطة دراسة الموضوع :

٩- وعلى ضوء ما سبق، يبدو أن دراسة الموضوع تقتضى بيان طبيعة الخطبة، والأساس الذى تقوم عليه، وكيفية التعويض عند العدول عنها وأدلة مشروعيته ، وذلك ما سنقوم به في ثلاثة فصول على التوالي :

---

[١] د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٣٥٠.

الفصل الأول

الطبيعة القانونية للخطبة

المبحث الأول

طبيعة الخطبة فى إطار أحكام فقه الأسرة

١٠- تعرف الخطبة فى اللغة بأنها: طلب المرأة للزواج منها، يقال: خطبها إلى أهلها أى طلبها منهم للزواج، ومنه اختطب المرأة أى خطبها[١]. وفى اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية تعرف الخطبة بأنها: طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج منها، وطلب اليد هنا كناية عن المرأة كلها، وإلا فإن اليد لا تكفى لتحقيق الغرض المطلوب من الخطبة ولو قطعها ووضعها فى جيبه، أو أن ذلك كناية عن إظهار الرغبة فى الارتباط بامرأة معينة يحل له الارتباط بها شرعا[٢]، وتتم الخطبة بإبداء ما يدل على قبول ما أبداه الخاطب من رغبة، وعدم صدور ما يفيد رفض تلك الرغبة صراحة.

ويبدو من تعريف الخطبة فى اللغة واصطلاح الفقهاء ،أنها لا تعدو أن تكون تعبيرا عن الرغبة فى الارتباط بمن يرضاها الخاطب زوجة له أو يتوسم فيها أنها سوف تكون محققة لرغبته فى تكوين أسرة وفتح بيت،

---

(١) القاموس المحيط – للفيروز أبادى – حـ١ – ص ٦٥ – طبعة الحلبى الثانية، ومختار الصحاح – ص ١٨٠ – دار الفكر – بيروت، والمعجم الوجيز – ص ٢٠٢.

(٢) فى هذا المعنى: الشيخ محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية – ص ٢٦ – طبعة ١٩٥٠، د. بدران أبو العينين بدران – الزواج والطلاق فى الشريعة والقانون – ص ٤١ – مؤسسة الثقافة الجامعية، على حسب الله – الزواج فى الشريعة الإسلامية – ص ٢٣ – الطبعة الثانية سنة١٩٩٦م، د. محمد يوسف موسى – أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى – ص ٤٢ – طبعة ١٩٥٦م.

ورغم أن الخطبة تعبير عن رغبة في الارتباط، وليست ارتباطاً قائماً بذاته، إلا أنها لما كانت مقدمة لعقد ذي صفة خاصة، هو عقد الزواج الذى اختصه الشارع بمسمى خاص يظهر مدى ما له من اعتبار يفوق كافة الاعتبارات المقررة للعقود الأخرى، حيث سماه بالميثاق الغليظ، فقال سبحانه : " وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً[1] "، فقد تضمنت الآية الكريمة استفهاماً إنكارياً على من يريدون أن يستردوا من زوجاتهم ما سبق لهم دفعه إليهن إذا كان كثيراً يبلغ مقدار قنطار أو أكثر، طمعاً فى كثرته، وذلك عندما يريدون استبدال زوج مكان زوج، وقد جاء التذييل فى الآية الكريمة ليبين حكمة ذلك الإنكار ، وهو أن عقد الزواج ليس عقداً عادياً، وإنما هو ميثاق غليظ له حرمة، ويقتضي وفاء، فلا يستساغ استرداد ما دفع بسببه ولو كان كثيراً على نحو ما يستساغ فى غيره، وهذا دليل على قوة شأنه وعلو مكانته ، أقول: لما كانت الخطبة مقدمة لهذا العقد الجليل فقد اكتسبت أهميتها منه.

استبعاد فكرة الوعد الملزم عن الخطبة :

١١- ومن المؤكد أن مقدمة ذلك الميثاق الغليظ لابد أن يكون لها من شأنه حظ ، ومن مكانته أثر، وهي وإن كانت لا تعدو مجرد التعبير عن رغبة ، إلا أن لتلك الرغبة أحكاماً تتعلق بها ، وسلوكيات تمارس في إطارها ، ثم أنها تمثل - في حد ذاتها - واقعة مادية أو سبباً شرعياً يمكن أن يؤدى إلى آثار معينة ، ومن ثم كان تعريفها بأنها مجرد تعبير عن رغبة في الارتباط بامرأة معينة كافياً فيها ، ومع ذلك ، فإن طبيعتها قد أثارت

---

[1] سورة النساء – آية ٢١.

خلافاً كبيراً فى الفقه وتمثل ذلك فى الاتجاه القائل بأنها عقد، أو القائل بأنها اتفاق يولد حقاً فى العدول ، ويمكن أن يساء استعماله، ومن ثم فإن المساءلة فيه تقوم على أساس من المسئولية التقصيرية ، كما قيل أنها يمكن أن تكون وعداً بالزواج ، والوعد وإن لم يكن عقد تاماً، إلا أن الوفاء به يعد واجباً أخلاقياً، والنكوص عنه مذمة دينية وأخلاقية واجتماعية، وقد يكون الوفاء به واجباً فى بعض الحالات، كما لو أدخل الواعد الموعود فى بعض الارتباطات المالية ، أو غير المالية المتصلة بالوعد أو الناشئة عنه ، وذلك على ما ذهب إليه بعض فقهاء المالكية: إذا كان الوعد مقروناً بسبب، سواء دخل الموعود فى السبب أم لا، وذلك كما لو قال الواعد للموعود: تزوج وأنا أعطيك المهر، أو اهدم دارك وأنا أمنحك قيمة البناء، ففى هذه الحالة يجب الوفاء بالوعد[1]، أو كما هو المشهور من مذهب المالكية، وهو أنه لا يكفى لوجوب الوفاء أن يكون الوعد مقترناً بالسبب، وإنما لابد أن يكون الموعود قد دخل فيه، ففى المثالين السابقين يجب للوفاء: أن يكون الموعود قد قام بالهدم فعلاً، أو شرع فى الزواج عملاً ، وبدون ذلك الدخول فى السبب لا يجب الوفاء[2]، أو إذا كان الوعد معلقاً كما ذهب إلى ذلك بعض فقهاء الحنفية : كما لو قال الواعد : إذا لم يوف لك مدينك بدينك فسوف أوفيك به[3] ، ومنهم من قال : أنه لازم مطلقاً ، وهو ما رجحه

---

[1] الفروق للقرافى – جـ٤ – ص ٢٤ وما بعدها – طبعة دار المعرفة ببيروت.

[2] المرجع نفسه، وراجع د. على محى الدين القره داغى – مبدأ الرضا فى العقود – دراسة مقارنة – جـ٢ – ص ١٠٣٦ وما بعدها.

[3] غمز عيون البصائر – شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم – جـ٣ – ص ٢٣٧ – دار الكتب العلمية.

ابن الشاط ، حين قال: الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد ويجبر[١]، وهو ما ذهب إليه ابن العربي من المالكية، وبعض الباحثين المعاصرين[٢].

١٢- وقد استدل القائلون بإلزام الواعد بما وعد ، بأدلة كثيرة من كتاب الله تعالى وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - ، فمن الكتاب قول الله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود[٣]"، وقوله تعالى: "وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم[٤]"، وقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن تقولوا مالا تفعلون[٥]"، فقد دلت الآيتان الأوليان على أن الوفاء بالعقود والعهود واجب، ومن بينها الوعد، لأنه عهد معنى، كما دلت الآية الثالثة على ذم فعل من يقول ولا ينفذ، وذلك من خلال وصفه بأنه من أكبر المقت، وهذا دليل على التحريم، وما يمنع الحرام واجب، ولهذا يتعين الوفاء بالوعد خروجاً من أصر الوقوع في المحرم الذي دل عليه وصف الشارع لمن يقول ما لا يفعل ، بالمقت في الآية الكريمة.

ومن السنة بما روى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: " آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا

---

(١) مشار إليه في المحلى لابن حزم - حـ٨ - ص ٣٧٧.

(٢) ابن الشاط - حاشية ادرار الشروق على الفروق - السابق - ص٢٤، وأحكام القرآن لابن العربى - حـ٢ - ص ٥٢٥ - دار الجيل ببيروت، فتح العلى المالك - حـ١ - ص ٢٥٤ - طبعة الحلبى ١٩٥٨م.، د. عبد المنعم حلال - الوسائل التشريعية لحماية التعاقد فى الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة - رسالة من كلية الشريعة والقانون ١٩٨٠ - ص٢٣.

(٣) سورة المائدة - الآية الأولى.

(٤) سورة النحل - من الآية رقم ٩١.

(٥) سورة الصف - الآيتان ٢،٣.

وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان[1]"، فقد دل هذا الحديث الشريف على أن خلف الوعد من ضمن صفات المنافقين، وهذا ذم له يدل على التحريم، لأن ذكر خلف الوعد فى سياق الذم دليل على تحريمه، وهذا ما يؤيده العقل ويزكيه النظر السليم.

وهذه الأدلة وإن كانت تدل على وجوب الوفاء بصفة عامة، إلا أن ذلك العموم يمكن أن يعتريه التخصيص الوارد على الإلزام بأنه أخلاقي يؤاخذ من أخلف الوعد فيه يوم القيامة، وليس له إلزام فى الدنيا ، ولا يوجد ما يدل على إيجاب الوفاء به قضاء[2]، أو هو خصلة يذم بها فى الدنيا ولا يلزم[3].

لكنه مع ذلك التخصيص ؛ يبقى الإلزام به قائماً فى حالة ما إذا كان الوعد مقترناً بسبب ، لأن ذكر السبب يؤكد العزم على الوعد، أو فى حالة ما إذا دخل الموعود فى السبب لأن خلف الوعد فى تلك الحالة سوف يمثل ضرراً حالاً به، والقاعدة أنه يجب رفع الضرر لقوله - صلى الله عليه وسلم -: " لا ضرر ولا ضرار[4]"، ولأن في الرجوع تغريراً به ، ربحاً له في الخسارة ، وإن كان ابن حزم يرى أنه هو الذى غرّ نفسه[5].

---

(1) متفق عليه، راجع: فتح البارى – حـ١ – ص ٨٩، سبل السلام للصنعاني – حـ٤ – ص ١٨٧.

(2) المحلى لابن حزم – حـ٨ – ص ٢٨.

(3) الفروق للقرافى – حـ٤ – ص ٢٥.

(4) رواه ابن ماجة فى سننه – كتاب الأحكام – حـ٢ – ص ٧٨٤، ومالك فى الموطأ – ص ٤٦٤ – كتاب الأقضية.

(5) المحلي – حـ٨ – ص ٣٢٩.

الكلام في إلزام الوعد لا يتعلق بالنكاح ، أو مقدماته :

١٣- ورغم اختلاف الفقهاء فى مدى إلزام الوعد، إلا أن كلامهم لا يعدو نطاق العقود المالية أو غيرها، ولا يرد بالقطع على عقد النكاح أو مقدماته، فلا يثار الكلام فى الوعد أو الإلزام به فى باب النكاح، لأن الإلزام به يقتضى إرغام الشخص على المضي في عقد الزواج وهو غير راض به، وليس للقضاء سلطة الإكراه على هذا العقد الخطير[1].

ثم إن ما يفهم من كلام قدامى الفقهاء أنه إذا حدث عدول عن الخطبة بعد إبداء الرغبة فيها ، فإنه لا يكون ثمة مؤاخذة عليه، بل إن له أن يسترد ما بقى فى يد مخطوبته من الهدايا والأموال التى قدمها لها بهذا السبب[2]، ولها أن ترجع كذلك بما أخذه منها أو من أهلها ويترادا الفضل فيما دفعه كل منهما لصاحبه[3]، وهذا يفيد أن الخطبة ليست عقداً، حيث إنها لا تعدو أن تكون ارتباطاً لا إلزام فيه كما أنها ليست وعداً ملزماً، حيث يباح لمن يعدل عنها منهما أن يسترد ما دفعه ولا ضمان عليه فى ذلك، ومن ثم يمكن القول ، بأن العدول ليس ممنوعاً حتى ولو لم يكن له ما يبرره ، وإن كان من الممكن أن يعد العدول بدون مبرر جريمة أو رذيلة أخلاقية ، وهذا يدل على أن العدول من المباحات التى لا يترتب على فعلها أو تركها استحقاق أى ضمان أو تعويض ، لما هو مقرر : أن الجواز

---

(١) د. محمد أبو زهرة – المرجع السابق – صـ٣٢.

(٢) الفتاوى المهدية – حـ١ – ص ٩٨ –المطبعة الأزهرية سنة ١٣٠١ هـ.

(٣) مجمع الضمانات – للبغدادى – ص ٣٤١ – الطبعة الأولى سنة ١٣٠٨ هـ، وفى هذا المعنى: نفس المرجع – ص ٣٤٢ وما بعدها من كتاب الأحكام الشرعية للمرحوم محمد قدرى باشا.

ينافى الضمان[1]، ومن ثم يكون الحكم بالتعويض على الخـــاطب لمجـــرد العدول عن الخطبة لا تقره أحكام الشريعة الإسلامية لأنها ليســـت عقـــدا، وليست وعدا ملزما بدليل جواز استرداد ما قدم من المهر والهدايا.

فالعدول من الناحية الشرعية مبـــاح، حتـــى ولـــو دون ضـــرورة ظاهرة، لأنه قد يبنى على أسباب نفسية ليس من المصلحة تجاهلها فى عقـد يقوم على المودة الدائمة، لذلك يجب أن يكون للهوى والميـــول أثـــر فـــى العدول، لأن العقد ارتباط نفسي وقلبى، وليس عقدا ماديا، وليس هناك خطـأ مفترض فى جانب من يعدل عن الخطبة، وليست هناك مسئولية تقوم علـــى أساس العقد[2].

الخطبة في شرائع غير المسلمين :

١٤ – تفرق شرائع غير المسلمين بصفة عامة عند المسيحيين واليهود بيـن الخطبة البسيطة، والخطبة الرسمية.

والأولى هي اتفاق بسيـــط وعادى يتـــم دون (أملاك) رســـمي ، أو بدون حضور الكاهن، وبدون إقامة صلاة رسمية واحتفال، وهذه الخطبة لا تثريب فيها على أى من الخاطبين إذا عدل عن الخطبة، وإن كان ذلك لا يمنع من الحكم بالتعويض فيها طبقا للقـــــواعد العامـــة فـــي المســئولية التقصيرية متى توافرت شروطها ، أما الخطبة الرسمية، وهى التـــى تتـــم

[1] د. عبد الوهاب خلاف – أحكام الأحوال الشخصية – ص ٢٠ – طبعة ١٩٣٨، الشيخ أحمد إبراهيم – الأحوال الشخصية – ص ٦.

[2] د. محمد أبو زهرة – المرجع السابق – ص ٦٣ وما بعدها.

وفقاً لأحكام الشريعة الخاصة بكل طائفة أو ملة ويلــــزم لقيامـــها شـــروط معينة، فإنها تختلف أحكامها وفقاً لاختلاف الشرائع.

أولاً : في الشريعة المسيحية :

١٥ – تعتبر الخطبة وعداً مستقلاً قائماً بذاته منفصلاً عـــن الــزواج، لــه شروطه وأحكامه الخاصة به، وتترتب عليه آثار معينة تختلف - بــالقطع - عن الخطبة البسيطة، كما تختلف عن حالات الوعد بالزواج، وقــد انتــهى الأمر فيها إلا أنها لا يمكن أن تنفصم رابطتها إلا بناء على الأسباب التـــى تبيح التحلل من الزواج نفسه بالتطليق[١]، وهذا ما انتهى إليه الأمـــر لــدى غالبية الكنائس الأرثوذكسية الشرقية، حيث أصبحت مرحلة مـــن مراحــل الزواج.

ومع أن الكنيسة القبطية لا تعتبر الخطبـــة مرحلـــة مـــن مراحــل الزواج، إلا أنها قد أضفت عليها ما يبرز ، كيانها على أساس أنـــها وعــد سابق بالزواج ، لكنها لا تصل إلى قوة إلزام العقد[٢].

ثانياً : وفى الشريعة اليهودية :

١٦ – يختلف الأمر لدى القرائين عنه بالنسبة للربانيين، فهى عند القرائيــن تعتبر مرحلة من مراحل الزواج، ذلك على النحو الذى انتهى إليـــه أمرهـــا فى الكنائس الأرثوذكسية الشرقية، ولهذا فإنه يترتب عليها جميع الآثار مـــا عدا المخالطة الجسدية، ولا يمكن إنهاؤها إلا بالطلاق، ومع ذلك فإنـــها إذا

---

(١) د. توفيق فرج – المرجع السابق – ص ٧٧.

(٢) د. توفيق نفسه – المرجع نفسه – ص ٧٩.

تمت بدون إجراءات وعلى غير يد الشرع تكون مجرد تواعد على الزواج وتأخذ حكم الخطبة البسيطة[1].

أما عند الربانيين، فإنها تعتبر وعداً بالزواج، ولا تكون شرعية إلا إذا تمت بالعهد الشرعى المعروف بالقنيان ، وهى كلمة عبرية تعنى امتلاك الرجل للمرأة بالعقد، وما يعطيه لها أو يقدره على نفسه من مهر[2]، وبدون ذلك العهد الشرعى، يصح فسخها بإرادة الإثنين ، وإبطالها بإرادة أحدهما[3] ، وفى جميع الأحوال يجوز العدول عنها بدون تعويض ، لأنها - وبصرف النظر عما يقال من أنها عقد ، وعقد شكلي - فإنها لا تخرج عن طبيعتها وأغراضها على الإطلاق باعتبارها وعداً بإتمام الزواج فى المستقبل، لأن الإلزام فيها يمس حرية الزواج، وهى من النظام العام، ومن ثم فلا يصح افتراض الخطأ فى جانب من يعدل فيها، ولا يصح الأخذ بما قررته بعض المجموعات الخاصة بغير المسلمين فى ذلك لأنها تتنافى مع هذا الأصل.

وإذا كان ذلك هو بيان طبيعة الخطبة فى ظل قواعد الأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم ، فإنه يبقى بيان طبيعتها فى ظل النظرية العقدية، والمسئولية التقصيرية، ونخصص لكل موضوع منهما مبحثاً .

---

(1) د. جميل الشرقاوى - الأحوال الشخصية لغير المسلمين - ص ١١٧ وما بعدها - طبعة ١٩٦٠ ،
د. توفيق فرج - السابق.

(2) المادتان الأولى والسادسة من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشرعية للإسرائيليين - لمسعود حاى بن شمعون - مطبعة كوهين وروزنتال بمصر سنة ١٩١٢م.

(3) المادة (٥) من كتاب ابن شمعون.

المبحث الثاني

الطبيعة العقدية للخطبة

١٧- تقوم فكرة الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أنها عقد بين طرفين، وهو عقد صحيح وملزم، شأنه فى ذلك شأن كافة العقود الملزمة للجانبين، ويعطى لكل من طرفيه الحق فى إلغائه بإرادته المنفردة، لكنه حين يستعمل حقه فى العدول فإنه يجب عليه أن ينأى به عن مضار التعسف فى استعمال الحق بصفة عامة، وإلا فإنه إذا تعسف فى استعماله كان مرتكبا لخطأ يستوجب التعويض.

وقد بدأت فكرة تلك النظرية تتبلور فى الفقه الفرنسي منذ القرن التاسع عشر، حيث اعتبرت الخطبة فى إطار ذلك الفقه عقدا يرتب التزاما بعمل، ويتحول عند الإخلال بالوفاء به إلى تعويض، وقد اضطر الفقهاء إلى القول بذلك، غداة صدور القانون المدني الفرنسي في مطلع القرن الماضي دون أن يشتمل على تنظيم الأحكام المتعلقة بها، ورأوا أن هذا السكوت لا يعنى إنكارها أو عدم الاعتراف فيها، وإنما يعنى تطبيق القواعد العامة عليها[1].

ولما كانت الخطبة – وفقا لهذا الاتجاه - التزاما بعمل، فإنها تخضع للقواعد العامة المقررة بالمادة (١١٤٢) مدني فرنسي، والتي تنص على أن: "كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل يتحول إلى تعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه"، فقد اكتسب هذا النص من العموم ما يسمح بسريان أحكامه

[1] فى هذا المعنى: د. توفيق فرج – المرجع السابق – ص ١٣.

على الخطبة، أو الوعد بالزواج، ولا يخرج من دائرة عدم الخضوع لـــهذا النص، إلا بنص آخر على استبعاده، وهو غير موجود، ومن ثم فلا يملـــك القضاء سوى إخضاعه للنص المذكور، كما طبق الفقه الفرنسي على الوعـد بالزواج القاعدة المقررة بالمادة (١١٣٤) مدني فرنسي ، والتي تقضى بـــأن العقد شريعة المتعاقدين واعتبر الوعد بـــالزواج اتفاقـــا صحيحـــا ملزمـــا لطرفيه[١].

١٨- ورغم ما ساد ذلك التوجه من القول بأن الخطبة عقد صحيح، إلا أنه لم يؤثر عن أحد الفقهاء الذين قالوا بذلك ما يفيد إجبار أحد الخاطبين علـــى التزوج من الآخر، فيجوز له أن يعدل ولا يتم الزواج، لكن يبقى القول فـــى التعويض عن العدول وأساس ذلك التعويض[٢].

وقد سار القانون الفرنسي على ذلك[٣]، حتى أخذ فى التغير خـــلال القرن العشرين ، وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض من أن الخطبـــة عقد غير ملزم أو غير ذي فعالية، وذلك تحقيقا لحرية الزواج، بل إنه غـــير مشروع وفقا لما نطقت به بعض الأحكام، وأن المسئولية عن العدول إنمـــا هى مسئولية تقصيرية وليست مسئولية عقدية ، ولم يسلم الاتجـــاه الجديـــد لمحكمة النقض من النقد ، خاصة فيما ذهب إليه من أن الخطبة عقد غـــير مشروع يتنافى مع الآداب مع إنكار أثره الملزم ورميه بعدم الفاعليـــة، لأن إعمـــال القـــواعد العامـــة للالتزام غير المشـــــروع وفقـــا للمـــادة (٦)

---

(١) المرجع نفسه.

(2) Planiol-Ripert et Rouast: Traité partique de droit civil Francais, 2e éd., T.2. N°. 81, 1952.

(٣) د. توفيق فرج – السابق – ص ١٥ وما بعدها، والأحكام القضائية المشار إليها فيه.

والمادة (١١٣١) مدني فرنسي، لا يسرى على الخطبة، فقد قرر النصان: أن الالتزام لا يرتب أثرا متى كان بدون سبب ، أو كان سببه غير صحيح، أو غير مشروع، ومن ثم صار القول: بأنه إذا لم يكن للخطبة قوة ملزمة فذلك لأنها اتفاق غير مشروع يخالف النظام العام والآداب، وذلك فضلا عن أن ذلك الذى أخذت به محكمة النقض جاء متعارضا مع ما تأخذ به المحكمة ذاتها، فقد قضت أن العقد لا يمكن أن يولد المسئولية التقصيرية مباشرة ، فإذا ما قرر خلاف ذلك، وذهب إلى أن عقد الخطبة يولد مسئولية تقصيرية يكون متعارضا مع نفسه، مع أن محل هذا العقد لا يعتبر غير مشروع أو غير متعارض مع النظام العام أو الآداب[1]، إضافة إلى أن الأخذ بالنظرية العقدية للخطبة سوف يؤدى إلى افتراض الخطأ فى جانب من عدل عن الخطبة استنادا إلى العقد الذى أبرمه[2].

(1) Baudry-Lacantinerie: Traié Théorique et Pratique de droit civil, Supplement, T. 4. par Bonneasw, N°. 431 ets.

(2) المرجع نفسه – ص ٧٧٢،، وراجع:

Aubry et Rau: Droit civil Francais, 6e, éd, refondue, par Paul Es,ein, T. 7., P.425. 1948.

تقييم النظرية العقدية للخطبة :

ويمكن تقييم النظرية العقدية من النواحي التاريخية الموضوعية وتطبيقها في مصر كما يلي :

أولاً : من الناحية التاريخية :

١٩- ورغم ما تتسم به النظرية العقدية من يسر مضمونها وبساطة مظهرها، فليس هناك أيسر من القول بأنها اتفاق بين طرفين على إبرام زواجهما فى المستقبل، وأن العدول عن هذا العقد يرتب مسئولية عقدية، كما هو الشأن فى العقود الأخرى.

لكن ذلك اليسر لم يكن يؤدى إلى القول بأنها ملزمة على أساس يمكن معه إكراه الخاطبين على الرضا بالزواج، فهذا أمر ليس من السهل أن يسلّم به أحد، وأقصى ما يدل عليه ذلك الإلزام ، أنه إلزام أدبي ينشأ عن الخطبة إذا تمت صحيحه، فإذا ما رفع أحد الطرفين دعوى أمام الكنيسة لمطالبة الآخر بتنفيذ وعده بالزواج ، لم يكن أمام القاضي إلا أن يستحث الطرف الآخر على إنجاز وعده، لكنه لم يكن يستطيع أن يلزمه بذلك أو يؤدبه كنسياً، وإذا تمادى الرافض فى رفضه لم يكن ثمة بد أمام القاضي من الحكم بفسخ الخطبة، وفرض توبة على من أخل بوعده تتمثل فى الصدقات وبعض الصلوات والأدعية، ومن ثم لا يتعدى الإلزام فى الحقيقة نطاق الإلزام الأدبى(١).

(١) Laurent: Principes de droit civil Francais, T.2, p. 404 ets, 3e éd, 1878.

وانظر: أوبرى – السابق – ص ٢٣ هامش ٣.

ولم يكن ذلك ليحول دون الحكم بالتعويض إذا لم يكن للعدول مبرر مع إدخال عوامل عدة في تقديره ، وتطبيق المبدأ القاضي بأن كل إلزام بعمل يتحول عند عدم الوفاء به من جانب المدين إلى تعويض[1].

ثانيا : ومن الناحية الموضوعية :

٢٠- ومن الناحية الموضوعية؛ فإن الطبيعة العقدية للخطبة لم تسلم من النقد، بل والنقد القوى لأن القول بأنها عقد ، من شأن الإخلال بتنفيذه إن يرتب مسئولية عقدية ، إنما هو قول لا يستقيم مع طبيعة الخطبة، لأن الإلزام فيها يعنى إتمام الزواج ، وهذا أمر لا يمكن إرغام من يعدل عن الخطبة فيه، ولو تم الحكم به لكان جزاء غير عادل وغير مقبول، إذ كيف يمكن القول بإرغام طرف على الزواج وهو رافض له ، وربما كان سبب رفضه مبنيا على توجه عواطفه جهة النقيض من الطرف الآخر، فلو تم إلزامه بالزواج، لكان معنى ذلك أننا نقيم ما يضاد الشيئ مكانه، لأن الزواج مودة وسكينة ورحمة ، ومبناه على الرغبة فى الارتباط، بل والأمل الذى يحفز كل طرف ويدفعه دفعا للاقتران بالآخر، والرفض مضاد لذلك، فلا يصلح الزواج محلا للتنفيذ العيني عند العدول، ولهذا كانت الطبيعة العقدية معيبة لذلك.

وإذا لم يكن التنفيذ العيني بإرغام من عدل عن الزواج ممكنا ، لم يبق ثمة بد من الانتقال إلى التعويض بمقابل، وهنا نجد أننا قد دخلنا فى جملة متاهات لا يمكن الوصول من خلالها إلى غاية مقبولة، إن التنفيذ العيني هو الزواج، أى الارتباط بين نفسين، على أساس من الحب والمودة

---

[1] د. توفيق فرج – السابق – ص ٢١.

التى يتألف منهما الجو الأسرى ، بما يشيع فيه من علاقات الود والحنان والدفء بين كافة أفراده، فهل من الممكن أن يقوم القاضي بحساب ما يمكن أن يساوى الارتباط بين نفسين أو روحين ؟ ، ذلك ضرب من ضروب المستحيل، وإذا كان ذلك كذلك يكون من الصعب أن تثار مسألة التنفيذ جبرا عن طريق التعويض بمقابل ، لأن المعوض عنه لا يمكن تقديره بالنقود، أو هو بالأحرى حق أدبي خالص قوامه المودة والسكينة والإشباع العاطفي الخاص ، الذي لا يمكن الوقوف على مقداره ، أو طبيعته ، أو كنهه بالنسبة لكل فرد، حتى يتسنى تقييمه بالنقود[1]، ولهذا فإن القضاء الفرنسي قد هجر تلك النظرية ، ونصت بعض أحكامه صراحة على أن عدم تنفيذ الوعد بالزواج لا يكون خطأ تعاقديا ، وبالتالي لا تعد المسئولية عن العدول مسئولية عقدية[2].

وقد انتهى الجدل حول تلك النظرية أمام المبدأ القاضي بحرية الزواج، لأن تلك الحرية مبناها قائم على الرضا التام به، وتوافر كامل الحرية فى إصدار قرارهما النهائي وقت العقد لا قبله ، وذلك وفقا للمادة (١٨٠) مدني فرنسى، والارتباط قبل العقد بوعد بالزواج ، لن يجعل الرضا حرا، ولن يكون هذا الرضا إلا تنفيذا للعقد السابق ، كما أن الرضا لن يكون تاما، إذا كانت إرادة كل من الطرفين مهددة بتعويض يمكن أن

(١) فى هذا المعنى: لوران – السابق – ص ٤٠٩.

(٢) د. توفيق فرج – السابق – ص ٢٥، والأحكام القضائية المشار إليها فى هامش (٤)، ص ٢٥ وما بعدها.

يتحمله عند العدول، حيث يعتبر ذلك التعويض تهديداً غير مباشر للرضا التام فى الزواج[1].

وضع النظرية العقدية فى مصر:

٢١- وفى مصر تعتبر حرية الزواج من النظام العام، ولهذا فإن المحاكم متفقة على أن الخطبة لا تلزم الطرفين بإجراء عقد الزواج، وهى صريحة فى ذلك ومحمولة على أساس هذا المبدأ. ومن ثم فإنه - وفقاً لهذا الاتجاه - ليس من المستساغ ، ولا من الجائز أن يقوم أحد الخاطبين برفع دعوى أمام القضاء مطالباً بإلزام الطرف الآخر بإبرام عقد الزواج، بل أن الأحكام قد ذهبت إلى ما هو أكثر صراحة من هذا وقالت: إن الوعد بالزواج لا يترتب عليه أى إلزام قانوني، وهو لا يخول للمخطوبة شرعاً أى حقوق، كما لا يقيد الخاطب بأي التزام لأن فى إلزام المتعهد به مخالفة للنظام العام الذى يفرض حرية الزواج فرضاً لا يحتاج إلى مثل تلك الالتزامات المقيدة له ، وعلى هذا المنوال[2].

ومن المتفق عليه فقهاً وقضاء، وفى كافة الشرائع ، أنه لا يوجد أى اتجاه لجعل الخطبة ملزمة لطرفيها بإبرام الزواج، حيث لا يمكن الإجبار على تنفيذ الوعد، سيما إذا كان هذا الوعد بالزواج، بل إن محكمة النقض

---

(١) المرجع نفسه – ص ٢٦.

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية (غير مسلمين) فى ١٩٥٦/٤/٣٠، رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦، والزقازيق الكلية فى ١٩٢٤/١١/٣، المجموعة الرسمية س٢٦ – رقم ٧٥ – ص ١٣٢، واستئناف مصر فى ١٩٣١/١٢/١٧، مجلة المحاماة ١٢ رقم ٤٢٢ – ص ٨٥٥، ونقض ١٩٣٩/١٢/١٤، المحاماة – ٢٠ – ٣٩٢ – ٧٦٠.

قد قضت صراحة : بأن حرية الزواج لا تقوم إذا ما هددها شبح التعويض[١].

سحب وصف العقد من الخطبة :

٢٢- ولا يقف الفقه والقضاء فى مصر، على مجرد نفى صفة الإلزام فى الخطبة، بل يتعدى ذلك إلى نفى صفة العقد عنها ، وقد رأينا من خلال تعريفها: أنها ليست عقدا وليست وعدا، وإنما هى مجرد إبداء رغبة فى الارتباط[٢]، وهذا التعبير البعيد عن العقد والوعد به هو ما نطقت به أحكام قضائية كثيرة حيث جاء بها: إن الخطبة ما هى إلا تمهيد لرابطة الزوجية، وهى وعد لا يقيد أحد المتواعدين، ويجوز لأى طرف فيها أن يعدل عن وعده فلا يتم الزواج[٣].

ومن الأحكام ما ذهب إلى أن الخطبة ما هى إلا وعد بالزواج، وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق المطلقة ، التى لا يملك القضاء تقييدها مهما نجم عنها من المضار، ولأن الزواج ليس فى حقيقته من عقود المعاملات المادية، وإنما هو بناء اجتماعي منوط به توفير السعادة للزوجين، واستتباب السلام العائلى، وهو لا يتحقق إلا بالرضا الخالص بين الطرفين، الأمر الذى يقتضى خلوه من التقييد بالوعد السابق[٤].

---

(١) حكم النقض السابق فى ١٩٣٩/١٢/١٤ ، المحاماه ٢٠ - ٢٩٣ - ٧٦٠ .

(٢) راجع ما سبق: فقرة (١٠) من البحث .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٣٩/١٢/١٤، المحاماة: ٢٠ - ٢٩٣ - ٧٦٠، ومحكمة استئناف مصر فى ١٩٣١/١٢/١٧، المحاماة: ١٢ - ٤٢٢ - ٨٥٥.

(٤) استئناف مصر فى ١٩٣٠/٦/٣٠، مشار إليه فى : د. توفيق فرج - السابق - ص ٣١ - هامش (٣).

وصفها بالعقد عمل مجازي بعيد عن ترتيب آثاره :

٢٣- وإذا كانت بعض الأحكام قد خلعت على الخطبة وصف العقد، فإنها قد جردت ذلك الوصف من الآثار القانونية التى تنشأ عنه، حيث لم تحكم بالتعويض فى حالة العدول على أساس المسئولية العقدية، وإنما على أسس المسئولية التقصيرية ، ومن ذلك حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية وقد جاء فيه ما يلي :

(١) الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يمكن تجاهلها، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أى تقدير قانوني، حيث تتم بإيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهى ارتباط قانوني وعقد قائم، وفى هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي فى الوقت الملائم.

(٢) أنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عينا ، أى إجراء هذا التعاقد النهائي، لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقا شخصيا، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض، وليس فى هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقا، إذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده، ولكن إذا جرى ذلك فى تهور أو عنف ، أو جاء خاليا مما يبرره، أو بغير مسوغ مشروع ، أو لمجرد الكيد والإضرار فإن ذلك يوجب التعويض[١].

---

[١] ق ١٩٤٨/١١/٢٩ المحاماة ٢٨ – ٤٣٥.

٢٤- وفى نظرنا أن هذا الحكم معيب من وجوه:

أولهـــا: أنه قد جعل محل العقد هو الالـــتزام بـــإجراء التعـــاقد النهائي وهو الزواج ، وهذا المحل باطل لاتصاله بإرادة الإنسان واختيـــاره، وإلزامه بما لا يصح إلزامه به، ولا يجوز إلزام الإنسان بما فيـــه مصـــادرة حريته ، خاصة وأن المشاعر فيه ليست فردية يستقل بها شخص ويطـــالب بآثارها، وإنما هى أمر مشترك لا ينفرد به أحد، أما وإن الحكم قد ردد ذلـك بناء على ما استقر فى يقينه من أن الخطبة عقد، فإن ذلك الأساس لا يصلـح لحمل النتيجة التى انتهى إليها، وبطلانها ينسحب إليه، فلا يكون القـــول بـــه سائغا ولا صحيحا.

ثانيهـــا: أن الخطبة فى حقيقتها - ووفقا لما استقرت عليه أحكـام القوانين والشرائع المعمول بها فى مجال فقه الأسرة والأحوال الشـخصية- ما هى إلا مجرد إبداء رغبة، وخلع وصف العقد أو الوعد عليها، لا يعـدو أن يكون وصفا مجازيا يستهدف تصوير وضع قائم ، أو رغبـــة حاصلـــة للوصول إلى الزواج، وهذا كاف لبيان حقيقته، ومن ثم تكون الزيادة علـــى ذلك بتسميتها عقدا أو وعدا زيادة فى غير موضعها ، وواردة على محـــل لا يحتملها.

ثالثهـــا: أنه قد جعل التعويض من آثار ذلك العقد بمفـــترض أو الموهوم، وهذا الأثر وإن كان يفتقد السبب القانوني الصحيح الـــذي يقـــوم عليه، فإنه مع ذلك قد ورد فى موطن يتعذر قيامه فيـــه، فـــالتعويض قـــد يكون بالمثل أو بالقيمة، والمثل متعذر، لأنه يعنى إبرام العقد، والشأن عـدم إبرامه بالعدول عن الخطبة، فكأنه قد أقام الحكم ونقيضه فـــى آن واحـــد معا، وهذا مستحيل عقلا وعادة، كما أن القيمة هى الأخرى متعـــذرة مـــن جهة أن المساكنة الناشئة عن الزواج وما تبثه فى قلب كـــل طـــرف مـــن

المشاعر الخاصة لا يمكن تقديرها بالمال، ومن العسير على أى قاض مهما أوتى من قوة العلم والحصافة أن يعلم مدى الإحساس بالرضا والسعادة ، ومقداره عن المساكنة الأسرية ، والسعادة الزوجية التى أودى بها العدول عن الخطبة، ثم يقوم بتسعيرها وتحديد قيمة مادية تصلح لجبرها ، سيما وأن المشاعر مختلفة من شخص لآخر، والإحساس بالرضا أمر ذوقي لا يقدره غير صاحبه، ولهذا قيل : إنه لا يشعر بالحب إلا من يكابده، ولا الصبابة إلا من يعانيها، وإذا كان الأمر أمر مشاعر خاصة، ومسائل ذوقية لا يقدرها غير ذوى الشأن فيها، فإن دخول القاضي بالتقييم والتقدير فى مثل تلك المسائل لن يكون سوى رجم بالغيب، وتقدير لما لا يقبل التقدير ، وتكليف له بالمستحيل، وهذا ما يجب أن يتنزه عنه القضاء الذى يبنى أحكامه على الثابت واليقين، وليس على الظن والتخمين، أما وأن الحكم قد نطق بذلك ، فإنه يكون معيبا عيبا يقتضى أن يلتفت الفقه عما ورد به، وأن لا يترسم خطى ما ورد فيه.

٢٥- ورغم تلك المآخذ الواضحة فى نظرنا، فإن جانبا من الفقه قد ردد ما قاله ذلك الحكم، واعتبره حجة قوية ومسوغا مقبولا للقول بأن الخطبة عقد ، وأن التعويض فى حالة العدول عنها يقوم على أساس المسئولية العقدية، بل وذهب إلى أن القول بخلاف ذلك يظاهر سوء النية والغش وهو ما يتعارض مع القواعد الكلية فى القانون[١]، وهى مبالغة لا يمكن تصورها إلا إذا كان القائل بها أحد أعضاء الهيئة الموقرة التى أصدرت

---

[١] حسين عامر – التعسف فى استعمال الحقوق وإلغاء العقود – ص ٤٧٦ وما بعدها – الطبعة الأولى ١٩٦٠.

ذلك الحكم[1]، كما ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخطبة عقد يقوى على مناطحة عاديات العدول التى يمكن أن تعتري الخطبة، فيظل هذا العقد قويا شامخا بأنفه بعد العدول كما كان قبله[2]، وهذا الذى ذكره لا يمكن حمله على الحقيقة ، أو على أن عقد الخطبة يؤدى إلى الزواج رغم العدول عنه، فذلك أمر مستبعد وأقصى ما يمكن حمله عليه ، أن التعويض عن العدول إذا تقرر إنما يكون فى إطار المسئولية العقدية[3]، وذلك هو الأمر الوارد، ولا يمكن فهم سواه فى ظل طبيعة هذا العقد المتصور.

بل إن التمحيص السليم لذلك التوجه يفهم منه هذا ، بدليل أن حيثيات الحكم المنتقد تكشف عنه، إذ جاء فيها أن إجراء المدعى عليه (الخاطب الذى عدل) فى هذه القضية، قد جاوز مجرد العدول ذاته عن الخطبة، بل تعداه إلى ما سبق تفصيله، حيث أثار حول المدعية جوا من الريبة والمطاعن الأليمة التي ألجأتها إلى عرض نفسها على طبيب أخصائي للفحص، وإعلان سلامتها مما حاول المدعى عليه أن يرميها به بغير حق، بل على غير أساس مطلقا، على ما يبين من محاولاته المتناقضة وخطواته الملتوية، وحيث إن هذا الذي اقترفه المدعى عليه قد ألحق بالمدعية أذى بليغا لعواطفها كفتاة تريد استقبال الحياة الزوجية فى براءة ودعة، ومساسا بعرضها وكرامتها، حين عرضها للأقاويل والطعن.

---

(1) المرجع نفسه – ص ٤٧٦ – هامش (١)، وفى هذا المعنى: د. توفيق فرج – المرجع السابق – ص ٣٢.

(2) د. شفيق شحاته – أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين – حـ١ – فقرة ٨٧ – ص٨٠ – طبعة ١٩٥٧.

(3) فى هذا المعنى: د. أحمد سلامة – السابق – ص ٧٢ وما بعدها ، د. توفيق فرج – السابق – ص ٣٣.

يضاف إلى هذا الضرر الذى ترتب على تلك الوسيلة الخاسرة في ذاتها التى اتبعها المدعى عليه لفك الخطبة، وما هكذا يكون الفسخ، وانتهت المحكمة إلى الحكم للمدعية بالتعويض عما أصابها من ضرر مادي نظير ما تكلفته من معدات وما أصابها من ضرر أدبي، مع مراعاة أن التعويض عن هذا الضرر الأخير لم يقصد به الإثراء، ولكن رد الكرامة ومحو الأثر السيئ الذي تخلف عن فعل المخطئ ، ويبدو من ذلك؛ أن الحكم المذكور يقيم المسئولية على أساس المسئولية التقصيرية، وليس على أساس المسئولية العقدية، وإنما على أساس الضرر الذى صاحب العدول، وليس على أساس العدول ذاته(١).

وفى هذا يقول الدكتور محمد سلام مدكور: وعلى أساس ما اتجهنا إليه وأخذنا بحديث النبى - صلى الله عليه وسلم - : "لا ضرر ولا ضرار"، نستطيع القول أنه إذا وجد الخطأ التقصيرى المشار إليه، وكان لمن عدل دخل فى إحداث الأضرار التى أصابت الآخر بسبب عدوله، كأن يحمل الخاطب مخطوبته على إعداد جهاز معين أو ترك عملها أو بيع مالها أو الانقطاع عن تعليمها، أو تطلب هى منه ترك مسكنه وإعداد مسكن آخر أعلى تكلفة وأغلى سعرا، وما كان له ليفعل ذلك لولا طلبها ، فإنه هنا يجوز الحكم بالتعويض(٢).

---

(١) د. محمد أبو زهرة - محاضرات فى عقد الزواج وآثاره - ص ٦٣ - معهد الدراسات العربية ١٩٥٨، والأحوال الشخصية - ص ٣٧، دار الفكر العربى ١٩٥٧م، والوجيز فى أحكام الأسرة - للدكتور محمد سلام مدكور - ص ٢٣ - دار النهضة العربية ١٩٧٨م.

(٢) د. محمد سلام مدكور - المرجع نفسه ، د. محمد بلتاجى - دراسات فى أحكام الأسرة - ص ١٦٥ وما بعدها - مكتبة الشباب ، وحكم النقض فى ١٩٦٢/٤/٢٨ ، وفى ١٩٦٢/١١/١٥، وقد استقرت أحكام النقض على هذا المبدأ، راجع: الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين فقها وقضاء للأستاذ محمد الدجوى - ص ١٢ وما بعدها - دار النشر للجامعات المصرية ، د. توفيق فرج - السابق - ص ٣٥.

والخلاصة؛ أن المحاولات التي انتهت إلى أن الخطبة عقد، وأن المسئولية عن العدول فيها تعتبر مسئولية عقدية، لم تجد ما يعضدها لا من أقوال الفقهاء ، ولا من أحكام القضاء .

وقارن ما ذهب إليه الدكتور بدران أبو العينين بدران – الزواج والطلاق فى الشريعة والقانون – ص ٥٥، حيث يقول: "والذى أراه أن العدول إن كان من قبل المرأة فلا تعويض، لأن الرجال لا يتضررون من فسخ الخطبة ولا تلحقهم تهمة من جرائها، إما إن كان من قبل الرجل فيطالب بالتعويض عن الضرر، لأن الغالب أن عدوله يثير الظنون حول المخطوبة ويجعلها مضغة فى أفواه الناس، إذ يتساءلون عن سبب العدول مما يكون له أثر فى إساءة سمعتها وتشويه مستقبلها" ، وهذا الرأى محل نظر ؛ لأن الضرر كما يلحقها بالعدول قد يلحقه كذلك، وهذا أمر مشاهد ومن ثم فالتفرقة لا معنى لها .

المبحث الثالث

الخطبة وإساءة استعمال حق العدول

٢٦- مضمون هذا الاتجاه حول طبيعة الخطبة ، يقوم على أساس أنها عقد يولد حقا فى العدول ، وهذا الحق يمكن أن يعتريه ما يعتري الحقوق بصفة عامة من إساءة استعمالها ومن ثم تكون تلك الإساءة خطأ تقصيريا يستوجب التعويض.

وهذا الاتجاه وإن كان يتفق مع اتجاه النظرية العقدية فى أن الخطبة عقد، إلا أن الأحكام الناشئة عند العدول عن هذا العقد مختلفة، فهى هنا تقوم على أساس الخطأ التقصيرى ، وهى هناك لدى أصحاب النظرية العقدية تقوم على أساس المسئولية العقدية.

وخلاصتها: أن العدول عنها مشروع ، وإن لكل من الطرفين أن ينهيها بإرادته المنفردة متى كانت هناك أسباب مشروعة، أما إذا أنهاه دون أسباب مشروعة كان متعسفا فى استعمال حقه، ويكون ذلك خطأ من شأنه أن يعرض فاعله للحكم عليه بالتعويض.

وقد انتصر الفقيه (جوسران) Josserand لتلك النظرية، ورأيه فيها يتلخص فى : أن الخطبة عقد حقيقي من العقود التبادلية يلتزم فيه الطرفان بالقيام بعمل، ويتميز بإمكان إنهائه من طرف واحد، لكن هذا الحق ليس مطلقا، وإنما هو حق نسبى مسبب ، ولا يمكن أن يمارس إلا

لأسباب مشروعة، فإذا استعمل هذا الحق استعمالا تعسفيا كان هناك مجال لمسئولية الخاطب الذى يسيئ استعمال حقه[1].

٢٧ - وفى الفقه المصرى: حاول فريق من الفقهاء أن يقيم المسئولية فى حالة العدول عن الخطبة على أساس العقد، كما رأينا، والذين تعرضوا لهذا الموضوع بالدراسة قالوا: إن الخطبة لا تتجرد من كل أثر قانونى، وإنما تعتبر اتفاقا مستحبا ينشأ عنه ارتباط، وأن العدول عنها حق، وإن استعماله مقيد فى استعماله بوجوب أن يكون مطابقا للحكمة المبتغاة التى من أجلها شرع، فإذا أسيئ استعمال هذا الحق، أى حق العدول، لم يكن الفعل تطبيقا لهذا الحق الذى يكون غير قائم لعدم قيام موجبه، وبذلك يكون تصرف الناكل منافيا لتعهده وموجبا لمسئوليته على أساس العقد، وإن هذا التوجه يتفق فى مجمله مع اتجاه الشريعة الإسلامية، حيث تتقيد الحقوق فيها - بصفة عامة - بعدم إساءة استعمالها[2].

وفى الشريعة المسيحية فإن العدول عن عقد الخطبة إذا كان بدون مسوغ، فإن هذا العدول يستوجب المساءلة على أساس نظرية التعسف فى استعمال الحق متى توافرت شروطها[3]، ويقول الدكتور شفيق شحاته: إننا متى سلمنا بأن هناك عقدا يكون ذلك هو التوجه الصحيح، وهذا مما لاشك فيه لدى المسيحيين[4].

(1) Josserand: Le Problém Juridique de la rupture des fiancaills. D.H. 1927. Chon. p.24.

والأساتذة بلانيول وريبير ورواست - السابق - ص ٧١ وما بعدها، د. توفيق فرج - السابق - ص ٤١.

(٢) د. السعيد مصطفى - المرجع السابق - ص ١١٧.

(٣) د. شفيق شحاته - السابق - ص ١١٧.

(٤) المرجع نفسه - ص ٨٨ وما بعدها.

٢٨- وفى القضاء المصرى: نجد أن بعض الأحكام قد عولت على فكرة إساءة استعمال الحق، ومن ذلك حكم محكمة الإسكندرية فى ١٩٣٠/١١/١٤[١]،وقد جرى تسبيبه على أنه إذا كان للخاطب الحق فى العدول، فإنه يسأل إذا أساء استعمال هذا الحق، وأضر بمخطوبته، لكنه لا يقيم المسئولية على أساس العقد، لكنه يقيمها على أساس المسئولية التقصيرية[٢]، ومن ثم لم تكن هناك حاجة إلى القول بإساءة استعمال الحق.

ومن تلك الأحكام حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٣١/٦/٣٠، والذي جرى تسبيبه هو الآخر على أساس أن من أساء استعمل حقه في العدول عن الخطبة يجب عليه التعويض، حيث كان ذلك سببا للأضرار التى لحقت بالمخطوبة، حيث طالت مدة الخطبة بما صرف الراغبين فى الزواج عنها، وأصبحت فرصتها فيه معرضة للضياع والخطر، فضلا عن إيلام عواطفها، والمساس بكرامتها، وتعرضها للظنون والأقاويل، ومن ثم يبدو أن المسئولية كانت على أساس الأضرار التى حاقت بالمخطوبة، والظروف التى تم العدول فيها، ولم يكن ثمة داع للقول بإساءة استعمال الحق[٣].

وتجدر الإشارة إلى أن أحكاما كثيرة رفضت صراحة الاستناد إلى هذه النظرية وقررت أنه لا مجال لإعمالها فى هذا الصدد[٤].

---

(١) مشار إليه ، في رسالة : د. السعيد مصطفى السعيد – مرجع سابق – ص ٨٠ ، وما بعدها .

(٢) د. توفيق فرج – السابق – ص ٤٣.

(٣) المرجع نفسه – ص ٤٤.

(٤) المرجع نفسه.

تقييم فكرة إساءة استعمال حق العدول:

٢٩- مما لا مراء فيه أن الخطبة فيها من خصائص الاتفاقات الأخرى ما لا يمكن إنكاره، بيد إنها وإن كانت عند فقهاء الشريعة وفى مجال فقه الأسرة على وجه العموم ليست اتفاقا ولا وعدا به، وإنما هى تعبير عن رغبة فى الارتباط، غير أن تلك الرغبة لن تكون ذات قيمة ما لم تصادف ارتياحا من الطرف الآخر، وإلا فإنها إذا وجدت صدودا وهجرا منه، لا يكون لها أثر، حيث سيكون صاحبها كعاشق القمر لا ينتظر منه وصلا، ولا يأمل له وصولا، وهو كما يقولون: يعيش حالة حب من طرف واحد، عليه أن يتحمل تبعاته، ويلتزم بمسئولياته ، وهذا شأنه ، طالما لم يصدر منه ما يخدش الحياء أو يهدد المشاعر ، أو يمثل خطرا على السمعة، أو عائقا دون الوصول إلى ما تريده الحسناء لنفسها ، ومع من يميل نحوه هواها.

وتوافق التعبير عن الميول عند الخطبة لدى من لا يقولون إنها عقد ولا وعد به، يمثل اتفاقا فى الجملة، وإذا لم يمكن اعتباره اتفاقا صريحا أو حقيقيا، فإنه يمكن أن يكون اتفاقا ضمنيا، أو فيه معنى الاتفاق فى الجملة، ومع ذلك فإنه حتى لو صحت عبارات القائلين بأنه اتفاق صحيح، إلا أنهم لا ينكرون أنه ذو طبيعة خاصة يختلف بها عن سائر الاتفاقات، وذلك بالنظر إلى محله أو إلى الغاية منه، خاصة وأن محله الارتباط بزواج، وتقدير المشاعر والمواقف النفسية فيه ليست قصرا على واحد من طرفين حتى يستبد بتقرير المصير فيه، وإنما هو مشترك بين اثنين لا يقبل التبعيض بينهما، وإذا وجد من طرف دون آخر يكون هو والعدم سواء، لأن ارتياح المحب فيه سيكون على حساب تعاسة الكاره ولا يجتمع فى

تلك الرابطة الإنسانية الفريدة حب وكره، وإن صح التعبير فإنـــها لا تقــوم بغير الحب المشترك ، والحب وحده ؛ وبدونه لا يستقيم لــــه وجــود، ولا تصح لها حياة.

٣٠- وعلى ضوء تلك الطبيعة الخاصة، فإنه لا يجوز الإرغام فيـــه، ولا التنفيذ الجبري لآثاره حماية للمشاعر ، واحتراما للخصوصيـــة ، وصونـــا لحرية الزواج من الامتهان ، وذلك هو القول المتفق عليـــه لـــدى الجميــع ومنهم الذين يقولون : إنها عقد، بل إن الذين يقولون : إنها عقد شكلي فـــي شريعة غير المسلمين لا ينكرون ذلك، ويسلمون بأنها لا تنشئ على عـــاتق كل من الطرفين التزاما يمكن تنفيذه جبرا، كما لا تولد لأي مـــن الطرفيـــن حقا قبل الآخر[١]، فلا يمكن المراء فى حق الخاطب إذا رأى أن يعدل عـــن الخطبة إذا لم يجد فى الطرف الآخر ما يهدف إليه ، وما تسعد نفسه به.

ولكن هل يمكن أن يرد التعسف في استعمال أي من الطرفين لحقــه فى العدول وهو يقوم على اعتبارات شخصية ونفسية خاصـــة لكـــل مـــن طرفيه؟؛ وهل من الأفضل للطرفين وللمجتمع أن يمضى كـــل إلـــى حـــال سبيله منذ البداية ، وقبل الدخول في علاقة محكوم عليها بالفشـــل؟، فمـــن المؤكد أن دائرة الضحايا فيها سوف تتسع إذا لم يسعف التشريع من يعـــدل بتقرير حقه الكامل فى العدول، وخالف مشاعره ورغبته وضميره ثم استمر فى تمثيل دور الخاطب المحب المخلص ، حتى يتم الزواج ويثمـــر البنيـــن

---

[١] المادة ١٩ من القانون المدني السويسري، وإن كانت تعتبر الخطبة عقدا، إلا أنـــه لا يمكـــن اللجـــوء إلى القضاء لتنفيذه جبرا، أو تنفيذ الالتزامات التي تكون قد اشترطت فيه، راجع: د. توفيق فرج – السابق – ص ٤٥، والمراجع المشار إليها فيه.

والبنات، وفقا لما يجره إليه القانون، إن الأمر إذا استمر على هذا النحـــو، فلن يكون الأمر سوى تمثيلية تدور أحداثها فى غير زمانها ومكانها، ولـــن تكون دائرة الضحايا فيها محدودة، بل ستتسع لتشمل الزوجيـــن التعيسـين والبنين المظلومين ، والمجتمع ككل حين تتصدع إحدى خلاياه فتعكر صفـو أمنه الاجتماعي بنزاعات لا نهاية لها، وأجيال لا تجـــد البيئـــة الصالحـة لنموها، فلا يكون أمامها سوى الضياع والانحراف ، والانقلاب على أمـــن المجتمع وسكينته[1]، ولهذا قيل بحق - : فشل خطبة خير من فشل أسرة.

وبتعبير أوضح، فإذا فرض وكان من عدل لم يعدل إلا لمجرد أنـــه كاره للطرف الآخر، حتى ولو كان ذلك الكره دون سبب واضح، أو كمـــا يقولون: كره فى الله ولله، هل يلام الإنسان إذا عدل لذلك ويحاسب عليه؟،

بداية أنا لا أرى أنه قد أساء أو أخطأ، فليس من المصلحة المضـــي في علاقة ظهرت علامات فشلها مبكرة، ولا شك أن الكره أو جنوح ميـــول القلب ضدها هو القاسم المشترك لكل أنواع الفشل، وكما قلت ســـلفا، فـــإن الحب معنى مشترك بين طرفين لا يقبل التبعيض أو التجزئة، فإما أن يوجد كله بين الطرفين، وإما أن لا يوجد، ويكون الطرف الكاره مستعملا للحـــق كله، كما أن الطرف المحب مع كره الكاره يكون قد فات منه الأمر كلـــه، ولم يعد بيده سوى أمل كاذب وسراب خادع، ووهم يتعلق فيه بخيـــط أمـــل رفيع عسى أن يتحول إلى حقيقة.

ومع أن ذلك هو رأينا الخاص الذى آثرت أن أبديه - ابتداء - فـــإن **الفقه لا يجافيه ، والواقع لا يخذله.**

---

(1) فى هذا المعنى: بلانيول وريبير ورواست – السابق ٧١، هامش٤، والأحكام المشار إليها فيه.

العدول ليس حقا بالمعنى الصحيح للحق :

٣١- إن الحق هو ما يخلص لصاحبه من غير منازع، وهو إذا كان كذلك يكون لصاحبه أن يستأثر بكل ثماره وجميع عوائده، والحق الناشئ عن الخطبة ليس حقا خالصا يستبد به طرف بعينه ، وإنما هو حق شائع بين الطرفين ولابد أن يتفق وجوده لدى الطرفين، فإذا توزع وجوده بينهما فإنه يتضاد، وينقلب بعضه على بعضه فيتهاتر، ولا يكون له وجود، وإذا لم يكن العدول حقا كاملا، فهل نكون بصدد حرية من الحريات العامة، أو حق من الحقوق العامة؟، لاشك أن حرية العدول هي التي تتتصر ، فلا يجوز لأي منهما أن يجبر الآخر على إتمام الزواج ، لأن لكل طرف الحرية الكاملة فى ذلك[١].

وإذا انتهينا إلى أن العدول ليس حقا، فلا يكون ثمة مجال للقول بأنه قد أسيئ استعماله ، إذ لا يوجد سوى حرية عدم الموافقة على الزواج وهى من النظام العام[٢].

وعلى فرض أن هناك اتجاها يرى أن الحريات العامة أو الرخص مما لا يخرج من نطاق التعسف، ويمكن خضوعها له[٣]،فإن بعض أنصار هذا الاتجاه يرون أنه من الجائز أن يثور البحث بالنسبة لبعض الحريات والحقوق المعنية، حول ما إذا كان من المصلحة إجراء نظرية التعسف

---

[١] فى هذا المعنى: د. توفيق فرج – السابق – ص ٤٨.

[٢] فى هذا المعنى: بلانيول وربيير وزست – السابق – فقرة ٨٤.

[٣] من هذا الرأى: د. إسماعيل غانم – تجدد عقد العمل المحدد المدة – تطبيق نظرية التعسف على رفض التعاقد – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة عين شمس- ع٢ – س٤ – ١٩٦٢ – فقرة ٣٤ وما بعدها.

عليها أم يحسن أن تترك لمحض تقدير من يمارسها دون أية رقابة عليه فى استعمالها، وفى هذا الإطار يمكن أن يقال بوجود حريات تقديرية مطلقة، كما يتصور - من باب أولى - أن يكون الأصل بالنسبة لبعض الحريات العامة هو عدم إجراء نظرية التعسف عليها، ويرون أن من هذا القبيل حرية رفض التعاقد[١]، ويمكن أن يكون العدول عن الخطبة ورفض إبرام عقد الزواج من هذا القبيل، وهذا لا يعنى استبعاد أى مسئولية فى جانبه، وإنما يمكن أن يساءل على أساس المسئولية التقصيرية إذا وجدت شروطها ومنها اقتراف خطأ بمناسبة الخطبة، والخطأ هنا هو الإخلال بواجب الحيطة واليقظة العادية، ذلك الإخلال الذى يمثل الخطأ بالمعنى الفني الدقيق والذي يعد ركناً فى المسئولية التقصيرية[٢].

الرد على القائلين ببقاء الخطبة رغم العدول عنها:

٣٢- ولا توجد ثمة صعوبة فى الرد على الرأى القائل بأن العدول عن الخطبة، لا يكون له أثر قانوني ، فيظل العقد قائماً كما كان قبله ، وهو الجزاء الوفاق للتعسف فى استعمال الحق[٣]، حيث لا يمكن قبول هذا الاتجاه فى ظل النظر إلى العدول على أنه حرية من الحريات أو حق من الحقوق العامة، وقبول فكرة تخلف سبب مشروع للعدول وحدها ، يؤدى إلى الاعتراف بالطابع الملزم للوعد بالزواج، وبالتالي جعل المسئولية عقدية، وهذا أمر لا يمكن التسليم به، حتى ولو قبلنا فكرة التعسف، ذلك أن

---

(١) المرجع نفسه - فقرة ٣٩.

(٢) د. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - ص ٧٦١ وما بعدها - منشأة المعارف ١٩٩٣، وبصفة خاصة فقرة ٣٩٠، ص ٧٦٤ وما بعدها.

(٣) د. شفيق شحاته - السابق - ص ٨٩ بالهامش.

المسئولية التى تترتب على إساءة استعمال الحق لا تعتبر عقدية، حتى ولو كان الحق الذى أسيئ استعماله ناشئا عن عقد(١).

موقف القضاء من العدول :

٣٣- ويكاد اتجاه غالبية أحكام المحاكم يميل إلى التسليم بالحق فى العدول واعتباره حقا مطلقا لكل من الخاطبين.

وقد جاء فى حكم لمحكمة استئناف مصر: "إن ما يمكن استخلاصه من أحكام الشريعة يفيد أن العدول أمره مباح إباحة صرفة. فليس من سبيل إلى تحميل الخاطب الذى يعدل مسئولية عمل غير مشروع. لا سيما وأن الشريعة الإسلامية لم تحمل الزوج الذى يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذى دفعه، فكيف إذا يحمل الخاطب أضعاف ذلك(٢)".

وفى حكم آخر لها قالت: "إن الخطبة شرعا ما هى إلا وعد بالزواج، فهى محررة شرعا من كل اعتبار قانونى، وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق المطلقة التى لا يملك القضاء تغييرها، مهما نجم عنها من المضار، ولأن الزواج فى حقيقته ليس من عقود المعاملات المالية، بل هو بناء اجتماعي منوط به توفير السعادة على الزوجين، واستتباب السلام العائلى، وهو لا ينعقد إلا بالرضا الخالص بين الطرفين، وهذا الشرط يقتضى خلوه من التقييد بالوعد السابق والتعرض للتضمينات(٣)".

---

(١) د. أحمد سلامة – السابق – ص ٤٧٦.

(٢) فى ١٣/٥/١٩٢٦، المجموعة الرسمية – س٢٧ – رقم ٤٥ – ص ٦٨.

(٣) فى ٣٠/٦/١٩٣٠، المحاماة – س١١ – رقم ٣١٣ – ص ٢٢٦.

وفى حكم ثالث قالت صراحة: "إنه لا يجوز البحث فى الأسباب التى حملت الخاطب على العدول عن الخطبة، لأن الخوض فى البحث عن تلك المبررات يؤدى إلى إفشاء أسرار العائلات، وفضح أمور تحرص الأديان والشرائع على سترها ، مما قد ينجم على إذاعتها من النتائج الخطيرة، بما يمس النظام العام والآداب، ومطالبة الخاطب بإبداء الأسباب التى أدت إلى العدول توخيا للحكم عليه بالتعويضات ، فيه إحراج شديد للخاطب وللمخطوبة على السواء، واعتداء على ما لكليهما من الحرية المطلقة فى إبرام الزواج الذى إن تم بغير إرادة أحد طرفيه، كان سببا فى شقائهما وتعاستهما ، ومفوتا للغرض المقصود منه[1]".

وكما تقول محكمة النقض: "إنه إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول أفعال مستقلة عنهما استقلالا بينا، بحكم أنها مجرد وعد معدول عنه، وتكون هذه الأفعال ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، كانت هذه الأفعال موجبة للتعويض على من صدرت منه، باعتبارها أفعالا ضارة بذاتها لا نتيجة للعدول[2]".

وفى هذا المعنى حكم النقض المدني، في ١٩٦٠/٤/٢٨، وقد جاء فيه: "إن اعتبار العدول بغير مسوغ صفة لاصقة بالعدول ذاته، لا تعد خطأ[3]".

(١) ن ١٩٣١/١٢/١٧، المحاماة – س١٣ – رقم ٤٢٢ – ص ٨٥٥.

(٢) نقض مدنى فى ١٩٣٩/١٢/١٤ – المحاماة – س٢٠ – رقم ٢٩٣ – ص ٧٢٠.

(٣) مجموعة المكتب الفنى – س ١١ – رقم ٥٥ – ص ٣٥٩.

٣٤- والواقع، وكما يرى الدكتور توفيق فرج، فإن اتجاه المحاكم التى ترتب على العدول أثره من حيث إنهاء الخطبة، ولا تنظر فيه إلى البواعث عليه، وإنما تحكم بالتعويض على أساس الظروف المصاحبة اتجاه سليم، وهو فى حقيقته الاتجاه الذى تقوم عليه - في النهاية - الأحكام الأخرى التى تتكلم عن العدول بدون مقتضى، لأنها تقيم المسئولية على أساس الظروف، فالعدول عن الخطبة ينهيها، ولا يثار الكلام بعد ذلك، إلا بالنسبة للتعويض عما قد يكون هناك من أضرار تسبب فيها أحد الطرفين وفقا للقواعد العامة فى المسئولية، ومن ثم لا يثار الكلام عن التعويض، حتى ولو كان العدول بدون مبرر.

ولا يقلل من ذلك صدور بعض الأحكام فى فرنسا، قضت بأن العدول فى ذاته يكون خطأ ما لم يقم من عدل بتبرير عدوله عن طريق تقديم مبرر مشروع له[1]، لكن تلك الأحكام المخالفة قليلة، بل شاذة ولا ترقى إلى زعزعة النظام القضائي المستقر فى هذا الصدد، والذى يقر أن العدول فى ذاته لا يعد خطأ[2]، ولأن استلزام إبداء المبرز أو التعرض لدفع التعويض قد يدفع الشخص إلى إبرام الزواج على غير إرادته، وليس من المصلحة إبرام زيجات لا يتم الاتفاق فيها بين الطرفين لا للفرد ولا للأسرة، ولا للجماعة، خاصة وأن التوافق بين شخصين بغرض الزواج من أدق المسائل الشخصية التى لا يمكن وضع معايير ثابتة لها[3].

---

(١) ومن ذلك حكم محكمة ليون فى ١٩١٣/٢/٥، Gar.Pol, 1913 - 1 - 473

(٢) د. توفيق فرج – السابق – ص ٥٦ ، والأحكام القضائية المشار إليها بهامش (٢).

(٣) بلانيول وريبير ورواست – السابق – ص ٧١ – هامش ٤ والأحكام المشار إليها فيه.

٣٥- ومن ناحية التسبيب، لا يبدو أن القضاء عندنا والذى يشير إلى إساءة استعمال الحق يستند إلى هذه النظرية بصفة مستقلة، ومن يتأمل فى الأحكام التى اختارت ذلك، يجد أنها تقيم المسئولية عن العدول على أساس القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية، مع الأخذ فى الاعتبار ضرورة توافر عنصر الخطأ بعيدا عن التعسف، فإذا كان للخاطب شرعا الحق فى العدول، إلا أن هذا العدول لا يعفيه من المسئولية المدنية إذا ثبت أنه أساء استعمال هذا الحق فأضر بمخطوبته، وأساس المسئولية فى هذه الحالة، لا يكون فسخ الخطبة فى حد ذاته، وإنما أساسها الظروف التى تقدمت الفسخ واقترنت به وترتبت عليه، والتى قد تلحق بالمخطوبة ضررا بليغا. وبعبارة أخرى أساسها ؛ شبه جنحة مدنية نتجت عن عدول المدعى عليه عن الخطبة بدون مبرر[1].

وقد يقال إن تلك الأحكام تربط بين التعسف والمسئولية ، وتسوى بينهما في الجزاء، ولكن الاتجاه الحديث يفصل بينهما، ويجعل التعسف مستقلاً بنظرية خاصة به خارج نطاق المسئولية التقصيرية[2].

الخطبة ليست عقداً غير محدد المدة :

٣٦- وقد ذهب أنصار نظرية التعسف وهم بصدد تأكيد فكرتهم والتدليل عليها إلا أن شأن الخطبة يتمثل فى أنها عقد يخول لكل من طرفيه حق العدول عنه بالإرادة المنفردة، شأنها فى ذلك شأن العقود غير محددة المدة كالعمل والوكالة والإيجار، ولما كان إنهاء العقد غير محدد المدة أو العدول

(١) محكمة الاسكندرية الأهلية فى ١٩٣٠/١١/٢٤، المحاماة - س ١١ - رقم ٤٣٦ - ص ٨٤٢.

(٢) د. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - السابق.

عنه بالإرادة المنفردة فى وقت غير مناسب يعتبر حالة من حالات إساءة استعمال الحق، فلا يكون فى نطبيق تلك القواعد على الخطبة أدنى شذوذ(١).

وإذا كنا قد انتهينا إلى نفى قبول أعمال نظرية التعسف فى شأن العدول عن الخطبة ، فإن هناك فوارق أساسية بينها وبين طائفة العقود غير محددة المدة، لأن الخطبة تتعلق بحالة الأشخاص من زاوية خاصة تجعلها منفردة لا يمكن قياسها بما سواها، فغايتها إقامة حياة زوجية سعيدة وهانئة. وما لم يكن ذلك مأمونا منذ البداية ، يكون كل قول حول بقائها ضربا من العبث، إذا ما لم تتحقق الغاية منها، فلا جدال فى أنه يكون للخاطب حق فى العدول عنها، ولا يمكن إجباره على تنفيذ الزواج لأن حرية العدول من النظام العام.

أما العقود المحددة المدة فإنها عقود تولد التزامات متقابلة تقع على عاتق الطرفين منذ انعقادها، وهذه الالتزامات من السّهل إجبار الطرف المخطئ على الوفاء بها إن لم يكن برضا واختيار، فيتعين الإكراه والإجبار، وليس الأمر كذلك فى الخطبة، كما أنها تترتب عليها التزامات تتم تباعا وهى ممتدة بامتداد زمان العقد، ولا يوجد فى الخطبة ذلك فإذا زالت بالعدول تعتبر كأنها لم توجد أصلا ، بخلاف العقود المحددة المدة، وإذا كان من المسلم به أن الرجوع فى الخطبة مطلق من القيود، فإن الأمو بالعقود المحددة المدة بخلاف ذلك حيث إنها يجب أن يتوافر فيها شرطان هما: الإخطار المسبق، وعدم التعسف فى استعمال حق الإنهاء، وذلك على نحو ما تضمنته المادة ، (٢/٦٩٤) مدني مصري ، والتي تنص على أنه

(١) د. شفيق شحاته – السابق – هامش ٨٦.

"إذا لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حدا لعلاقته بالمتعاقد الآخر، ويجب في استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار، وطريقة الإخطار ومدته تبينه القوانين الخاصة"، كما نصت المادة (٢/٦٩٥) على أنه: "إذا فسخ العقد من أحد المتعاقدين، كان للمتعاقد الآخر إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا"، وهذا ما جرى نظيره فى المواد المنظمة لمدة عقد الإيجار، وعقد العمل غير محدد المدة، ومثل ذلك التحديد لم يرد فى مجال العدول عن الخطبة ، ومن ثم فلا يستقيم القياس بينهما.

الفصل الثاني

أساس التعويض عن فسخ الخطبة

٣٧- استبان لنا أن طبيعة الخطبة لا تسمح بالتعويض عن العدول عنها، لا على أساس النظرية العقدية، أو النظرية الخطئية، أو على أساس أنها وعد، وإذا كان ذلك كذلك فما هو أساس التعويض فى حالة الأضرار التى تنشأ عن العدول فيهما؟، ذلك ما نود دراسته فى هذا الفصل .

إن هذا الأساس يتمثل فى المسئولية التقصيرية، وهى تتألف من الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وذلك ما اتفقت عليه الشرائع عند المسلمين وغيرهم، كما اتفقت عليه نصوص أحكام الأسرة والمبادئ التى تحكمها[١]، وذلك ما سنبينه في المباحث التالية :

---

[١] د. توفيق فرج – السابق – ص ١٣٤ ، د. محمد أبو زهرة – عقد الزواج وأثاره – ص ٦٠ وما بعدها، د. محمد يوسف موسى – السابق – ص ٥٢ وما بعدها، د. جميل الشرقاوى – السابق – ص ١٠٨، د. أحمد سلامة – السابق – فقرة٢٠٦ وما بعدها.

المبحث الأول

الخطأ المقترن بالعدول عن الخطبة

٣٨- تمثل فكرة الخطأ أهم موضوعات المسئولية المدنية، لأنها تمثل ركيزة أساسية فى ترتيب الآثار الناشئة عن تلك المسئولية من جهة أنها بمثابة السبب فى ترتيب تلك الآثار، ورغم وضوح موقفها وأهمية دورها في هذا الصدد، إلا أن النصوص القانونية المتعلقة بالمسئولية المدنية لم تتضمن تعريفاً لها يحدد مفهوم الخطأ بصفة عامة، ومن باب أولى في مجال المسئولية عن الخطأ المقترن بالعدول عن الخطبة، ولكن فيما يتعلق بالخطأ كركن من أركان المسئولية، فقد وضع نص المادة (١٦٣) مدني مصري الأساس لهذا الركن، حين قررت: "أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" ، ويلاحظ على هذا النص ، أنه رغم إشارته إلى الخطأ ضمن كلماته، إلا أن تلك الإشارة لم تتضمن تعريفا له أو بيانا لطبيعته، وإن كانت قد أفصحت عن أنه إذا ترتب عليه ضرر للغير، فإنه يكون مستلزماً للتعويض على من ارتكبه لمن سبب له ذلك الخطأ ضرراً، وقد تلمست المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري العذر في عدم تعريف الخطأ بقولها: "وغنى عن البيان أن سرد الأعمال التى يتحقق فيها معنى الخطأ فى نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم، ولا يؤدى قط إلى وضع بيان جامع مانع، فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي، وهو يسترشد فى ذلك بما يستخلص من طبيعة نهى

القانون، ومخالفة هذا النهى هى التى ينطوي فيها الخطأ، وذلك يقتضى تبصراً فى التصرف يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص[1]".

٣٩- كذلك الأمر فيما يتعلق بالنصوص المتعلقة بالمسئولية العقدية، حيث لم تتضمن هى الأخرى تعريفاً للخطأ، وإنما أشارت إلى علاج آثاره لمن أصابه ذلك الخطأ بضرر، وذلك على نحو ما نصت عليه المادة (٢١٥) مدني مصري بقولها: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه القاضي بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه"، ومقتضى هذا النص أن المتعاقد الذى التزم ولم ينفذ التزامه، دون أن يمنعه من التنفيذ قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ، يعتبر مخطئاً بمجرد عدم الوفاء بالالتزام[2].

أما تعريف الخطأ، فإن هذا النص لم يتعرض له، وإن كان - كسابقه - قد أشار إلى وضع المبادئ العامة للمسئولية المدنية بأركانها الثلاثة الخطأ والضرر، وعلاقة السببية بينهما[3].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - جـ٢ - ص ٣٥٤.

(٢) السنهورى - الوسيط - جـ١ - فقرة ٤٢٧ - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية، ومجموعة الأعمال التحضيرية السابق ص ٥٤٦، د. حلمى بهجت بدوى - أصول الالتزامات - ص ٤٣١ - مطبعة نورى بالقاهرة ١٩٤٣م.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص ٤٥٠ - دار النهضة العربية ١٩٦٠م.

ضوابط فكرة الخطأ في القانون:

٤٠- ومع ذلك فإن هذين النصين القانونيين قد ساهما إلى حد كبير في وضع الضوابط العامة التي تحكم الخطأ بما يعين الفقه للتعريف به على نحو تام، من خلال تحري تلك الضوابط بما يبين ماهيته، ويحدد طبيعته، وتتمثل تلك المبادئ في أنه يجب على الكافة عدم الإضرار بالغير، وأن يبذلوا في كل أعمالهم عناية الرجل الحريص، وأنه يجب على كل متعاقد الوفاء بما التزم به، ذلك من ناحية المبادئ العامة، أما من ناحية التعريف بالخطأ فقد أوكل هذان النصان تلك المهمة للفقه والقضاء بما يمكن استخلاصه من تلك المبادئ، ومن طبيعة أوامر القانون ونواهيه[1].

التعريف بالخطأ في فقه القانون:

٤١- كان من الضروري وقد خلت النصوص القانونية من التعريف بالخطأ، أن يتدخل الفقه للاضطلاع بتلك المهمة، ولم يكن الأمر بالنسبة له سهلاً ميسوراً، بل اعترى تلك المهمة من الصعوبات ما جعل وصول الفقه لتعريف محدد للخطأ أمراً بالغ الصعوبة، ولعل مرد ذلك إلى أمرين:

أولهما: أن كلمة الخطأ يندرج تحتها عدد لا يمكن حصره من السلوك الإنساني، وكان تطبيق معنى الخطأ على تلك السلوكيات المتعددة مما تختلف أنظار الفقهاء بشأنه[2]، من منطلق أن ذلك مما تقتضيه الصنعة

---

(1) في هذا المعنى: د. محمد حسين الشافعي - ركن الخطأ في المسئولية المدنية - ص ٩٢، وما بعدها - دار النهضة العربية ١٩٩٠م.

(2) د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - جـ٢ - ص ٤٤٣ - طبعة ١٩٥٤، حيث يقرر: أن كلمة الفقهاء لن تتفق على تعريف للخطأ ويرجع ذلك إلى أن فكرة الخطأ غير محددة، كما أنها تتصل =

الفقهية فى مثل هذا المصطلح. بيد أن تلك التعريفات لم تسلم من النقد، ولم تخلص من المناقشة وكان الوصول إلى تعريف جامع مانع لتلك الأنماط المتعددة من السلوك أمراً شاقاً[1].

ثانيهما: أن الخطأ يأتلف فى ذاته من عنصرين هما: الفعل الخطأ أو السلوك الخاطئ، ومن صدر منه السلوك أو فاعله، والنظر إلى مجرد الفعل الضار اجتماعياً - فى ذاته - والذى ينطوي على خطر يهدد الغير هو ما يعرف بالاتجاه الموضوعي وقد وجد صدى كبيراً لدى الفقيه الفرنسي: "ديموج"، الذي يرى أن الخطأ يتكون من عنصرين.

أولهما: موضوعي ، يتمثل في الاعتداء على حق الغير.

وثانيهما: شخصي ، يتمثل في إمكان توقع الاعتداء من المعتدى بما يعنى اشتراط الإدراك والتمييز لدى الشخص، وإن كانت لا تتعلق بركن الخطأ أو جوهره، لأن أثرها يقتصر على مجرد تحديد ما إذا كان الشخص أهلاً لتحمل المسئولية من الوجهة القانونية أو لا[2]، وفى مثل هذا المعنى الفقيه: "جوسران"، الذي يرى أن الخطأ يتمثل فى الاعتداء الواقع على حق الغير ، دون مبرر يدفع الفاعل لارتكابه كحفظ حق أقوى ،

- بالأخلاق من قريب، ولما كانت فكرة الأخلاق يعوزها التحديد والضبط لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محددة ولا منضبطة، وفى هذا المعنى: الأستاذان حسين، وعبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية - ص ١٣٥ - دار المعارف ١٩٧٩م.

د. سمير تناغو - نظرية الالتزام - ص ٣٢٨ - منشأة المعارف بالإسكندرية.

(١) فى هذا المعنى: د. سليمان مرقس - دروس لطلبة الدكتوراه فى المسئولية المدنية - فقرة ٨٢ - القاهرة ١٩٥٤م، وفى الفقه الفرنسي:

Marty (G) et Raynaud (P): Cours de Droit civil approfondi, les grands arveles, p.385. No 297. Paris 1962.

(2) Demogué (Rene): Trait des oblgation en genera!. T.3., No,225, Paris, 1923.

أو معادل على الأقل[1]، وقد اقتصر تصوير فقهاء هذا الاتجاه على زاوية التعدى فقط، دون اهتمام بالنظر إلى مسلك فاعل الضرر.

أما النظر إلى شخص الفاعل على نحو يعتد بفكرة الإثم فى الخطأ فإنه يمثل النزعة الشخصية.

ووفقاً لمقتضى هذا الاتجاه يعرف الخطأ بأنه: انحراف الشخص عن السلوك المعتاد، الذى يوائم بين سلوك الفرد ومصلحة الجماعة كلها على نحو يقدر به كل فرد منها على ممارسته لحقوقه ، وهذا يعنى - في النهاية - أن كل حق مقيد بواجب لصالح الآخرين.

والسلوك المعتاد ؛ هنا هو الذي يصدر من شخص معتدل بحيث يمكن أن يكون مسلكه نموذجاً يحتذي ، ويمثل الخروج عنه خطأ، فهو ليس شخصاً خارق الذكاء ، شديد اليقظة فيرفع إلى الذروة، ولا هو محدود اليقظة خامل الهمة، فينزل إلى الحضيض، وإنما له منها القدر الذى تألفه عامة الناس ، فهو الرجل الوسط[2]، وذلك على نحو ما سنرى.

---

(1) Josserand: Cours de Droit civil. Positive Francais. 3e, ed: T.2. No 722. Ets. Paris. 1933.

(2) د. عبد الفتاح عبد الباقى - تحديد الخطأ التقصيرى كأساس للمسئولية فى ظل القانون الكويتى والقانون المعاصر - مع المقارنة بأحكام الفقه الإسلامى - مجلة المحامى بالكويت - سبتمبر وأكتوبر ١٩٧٨،س ٢ - العددان ٣،٤ - ص ٣١.

د. سليمان مرقس - دروس لطلبة الدكتوراه - فقرة ١٢٥، وله أيضاً: شرح القانون المدنى - جـ٢ - فقرة ٣٦٤، د. أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى - فقرة ٤٣٣ ، د. أنور سلطان - مصادر الالتزام - فقرة ٤٦٦ د، والوسيط للسنهورى - فقرة ٥٢٨، ص ٨٨١، حيث يقرر أن الخطأ فى المسئولية التقصيرية إخلال بواجب قانونى، ثم يرى مع ذلك: أنه انحراف عن السلوك المعتاد بما يوجبه من يقظة وتبصر، وراجع: د. عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - ص ٤٥٠ - دار النهضة العربية ١٩٨٤، حيث يعرف الخطأ بأنه: إخلال الشخص بالتزام قانونى مع إدراكه لهذا -

وهناك اتجاه ثالث فى تعريف الخطأ يجمع بين الاتجاهين الشخصى والموضوعى، حيث يأخذ هذا الاتجاه بالنزعة الشخصية فى تحديد الخطأ ، مع تطعيمها ببعض الأفكار الموضوعية، ويصور الخطأ بأنه عمل مخالف للقانون، أو عمل غير مشروع، فهو لا يتسم بصيغة موضوعية بحتة بتقريره أن كل فعل يمثل اعتداء على حقوق الغير يكون خاطئاً، ولا يقتصر فقط على تلك الأفعال المخالفة للقانون كما يذهب الاتجاه الحالى[1] ، وقد لقى هذا الاتجاه نقداً كبيراً فيما يتعلق بالفعل المخالف للقانون والذى يعتبر الخطأ فعلاً مخالفاً له، وماذا يعنى، ومتى نكون أمام مخالفة للقانون؟، وهل هى تتحقق مخالفة القانون فقط عندما يكون هناك عمل مخالف لنص واضح فى القانون؟، لو كان أمر الخطأ كذلك لضاق نطاق الخطأ، واقتصرت المسئولية فيه على نطاق محدود للغاية، لأن القانون لا يحظر إلا الأعمال التى تتسم بخطورة جسيمة[2]، ومن ثم يظل التساؤل قائماً بالنسبة لما يعد مخالفاً للقانون ، وما لا يعد كذلك بالنسبة للأعمال الغالبة التى لا يرد بشأنها نص صريح فيه[3]، ومن ثم لا تظهر كفاية هذا التعريف حين يواجه حقيقة الوضع فى القانون من حيث عدم تضمنه حصراً للأفعال غير المشروعة، كما أن تدخل القانون بالحظر لا يكون مطلقاً، وإنما ليمنع سلوكاً معيناً هو الذى يتسم بالرعونة أو الإهمال أو عدم التبصر، ومن ثم يبقى التساؤل قائماً متى نكون قد وقعنا

- الإخلال، فهو إخلال بالتزام قانونى، د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – ص ٣٠٦ – دار النهضة العربية ١٩٨٣م.

(١) د. إبراهيم أبو الليل – المسئولية المدنية بين الإطلاق والتقييد – ص ٤٧ – دار النهضة العربية.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى – السابق – ص ٢٦.

(٣) د. إبراهيم أبو الليل – السابق – ص ٤٨.

فى المحظور؟[١]، ومن مقتضى هذا التعريف أن من يقوم بعمل مشـروع لا يسأل عن نتائج عمله لأنه لن يكون خاطئاً، وهو ما يخالف الحقيقة إذ مـن المسلم به أن الشخص قد يسأل فى حالات عديدة رغـم أن الفعـل الـذى يرتكبه يكون عملاً مشروعاً غير مخالف للقانون، ووفقاً لهذا الاتجاه عـرف الأستاذ: (سافاتييه) الخطأ بأنه: إخلال الشخص بواجب قانونى سبق وجـوده على نحو يمكن تبينه ومراعاته[٢]، وهذا التعريف يقتضى مخالفة الواجـب القانونى مع إمكان إدراك المخالف للواجب علـى نحـو إسـناد المخالفـة ويخرج الأشخاص الذين لا يعقلون من نطاق المسئولية عن أفعالهم[٣]، ومن ناحية الواجب الذى يلتزم به الشخص، فقد توسع فيه بمـا يجعلـه شـاملاً للواجب العام المفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير[٤]، وهو ما يمثـل تقدماً كبيراً نحو الأخذ بالمذهب الموضوعي في الخطأ.

ومع هذا التشعب فى الأخذ باتجاه معين لتعريـف الخطـأ، تكـثر الملاحظات وتتعدد المناقشات بما ينعكس على كل اتجاه، ومع ذلـك فـإن الوصول إلى تعريف يتلافى معظم تلك الملاحظات، إن لـم يكـن كلـها، ويستوعب جميع خصائص الخطأ، بما يحتوي كل سـلوك ينطـوي علـى معناه، ليس أمراً متعذراً.

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى – المرجع نفسه.

(2) Savatier (R): Trait de la responsabilite civil en droit Francais, Vol.,2, eme, ed. No.4, ets, Paris 1951.

(3) Savatier: OP.Cit. P.16.

(4)Savatier: OP.Cit. P.41.

حقيقة الخطأ في اللغة واصطلاح الفقهاء :

٤٢- الخطأ لغة: ضد الصواب، وهو بمعنى: الذنب، كما يطلق الخطأ، ويراد به ما يقابل العمد، والخاطئ من قصد لما لا ينبغي(١)، والمخطئ في دينه ؛ من سلك سبيل الخطيئة عامداً(٢).

وفي الاصطلاح القانوني :

٤٣- لا تخرج فكرة الخطأ عن كونه: إتيان فعل لا يجوز قانوناً، وإن كان ورود تعريف له على هذا النحو لا يسلم من النقد، لأنه لم يقدم جديداً(٣)، وقد عرفه جانب من الفقه بأنه: الإخلال بواجب قانونى سواء كان التزاما بالمعنى الدقيق ، أو واجباً عاماً تترتب المسئولية التقصيرية على الإخلال به(٤)، كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: الإخلال بواجب قانونى يقترن بإدراك فاعله له(٥)، فكل شخص يلتزم بأن يسلك في المجتمع مسلك الشخص اليقظ المتبصر حتى لا يضر بالغير ، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب الاتباع، وكان مدركاً للخطأ، فإن ركن الخطأ يتحقق في هذه الحالة(٦).

---

(١) مختار الصحاح – ص ١٧٩، لسان العرب – لابن منظور – جـ٢ – ص ١١٩٢ – مادة (خطأ).

(٢) القاموس المحيط – جـ١ – ص ١٤.

(٣) د. السنهورى – الوسيط – جـ٢ – فقرة ٥٢٦، د. محمد على عمران – مصادر الالتزام الإدارية وغير الإدارية – ص ١٥٤ – مكتبة سعيد رأفت ١٩٨٣م.

(٤) د. إسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – جـ٢ – فقرة ٢٤، د. عبد الرازق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – المصادر غير الإدارية – ص ١٣ – مطبعة الفجر الجديد ١٩٨٣م.

(٥) د. السنهورى – السابق – فقرة ٥٢٧.

(٦) د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص ١٣.

وفى الفقه الفرنسي: عرفه الأستاذ "بلانيول"، بأنه: "الإخلال بالتزام سابق"، وقد حاول أن يقدم حصراً بالأعمال التى يعتبر الإخلال بها خطأ فى: الامتناع عن الغش، والعنف ، وعدم الالتزام بعمل لا تتوافر فيه قدرة القيام به، واتخاذ الحيطة فى القيام بواجب الرقابة على الأشياء أو الأشخاص[1].

وهذا التعريف يمتاز بأنه يستوعب الحالات التى يكون الالتزام فيها محدداً بنص قانونى، وإن أخذ عليه أنه لا يصلح عندما يكون الإخلال بالالتزام غير محدد، ومع أن حصر الأستاذ بلانيول قد قرر المبادئ العامة لها، بما يخفف من وطأة هذا النقد، إلا أنه ربما كان ما قرره فى هذا الخصوص ، أقرب إلى تقسيم الخطأ منه إلى التعريف به[2].

أركان الخطأ في فقه القانون:

٤٤- ومن خلال تلك التعريفات يبدو أن ، للخطأ ركنين هما: الركن المادى والركن المعنوى.

(١) الركن المادى:

ويتمثل فى انحراف السلوك حين يخرج صاحبه عن الوضع المألوف بين الناس، وذلك بتجاوز الحدود الواجب التزامها، مما يؤدى إلى التعدي على حق الغير أو مصلحة مشروعة له، فإذا تعمد شخص الإضرار

---

(1) Planiol (M): Etude sur Responsabilite Civil. Revue Critingue Legis et Juris, 1905, p.279.

(٢) فى هذا المعنى: حسين وعبد الرحيم عامر – المسئولية المدنية – السابق – ص ١٤٠ وما بعدها.

١٥٦

بالغير أو أهمل أو قصر دون أن يكون متعمدا، إلا أن فعله قد ترتب عليه ضرر للغير فإنه يكون مسئولا.

والحدود الواجب التزامها تعتبر واجبات قانونية محددة، حيث يفرض القانون بطريق مباشر، وبنصوص خاصة واجبات معينة تلزم المكلف بالقيام بأعمال محددة أو بالامتناع عن أعمال معينة، فإذا قام المكلف بما هو مأمور به، أو امتنع عما هو منهي عنه، فقد أدى الواجب ولم يقع فى خطأ ، وإلا كان مخطئا ، وبالتالي يكون مسئولا عن الأضرار التى سببها للغير بهذا الخطأ[١].

ومن هذا القبيل ما تفرضه لوائح المرور على قائدي السيارات، من واجب التزام يمين الطريق، وواجب إضاءة السيارات ليلاً، وواجب استعمال آلات التنبيه عند مفترق الطرق، إلا فى أوقات وأحياء معينة، وواجب عدم مجاوزة حد معلوم من السرعة، وواجب السير فى طرق محددة ، أو في اتجاه واحد ، وكذلك ما تفرضه قوانين العمل أو التوظف من واجبات محددة على عاتق العاملين[٢].

ففى جميع هذه الأحوال يسهل ضبط الخطأ باعتباره إخلالاً بالتزام محدد قانوناً، غير أنه يغلب فى هذه الالتزامات المحددة أن تكون مقررة بالنسبة إلى الأحوال العادية، فإذا طرأت ظروف غير عادية، فإن هذه الظروف يمكن أن تؤثر على الخطأ زيادة أو نقصاً، فإذا كانت السرعة

---

[١] د. سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – جـ٢/٢ الفعل الضار – القسم الأول – ص ١٨٩ – طبعة ١٩٨٨م، وله أيضاً: ضبط معيار الخطأ – منشور ضمن مجموعة بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية – ص ٣ وما بعدها – طبعة ١٩٨٧م.

[٢] نقض مدني من ١٩٦٧/١/٣، مجموعة أحكام النقض – س ١٨، ص ٣٠١١.

العادية التى تحدثت عنها لائحة السيارات هى السرعة التـــى يجـب عـــدم تجاوزها فى الظروف العادية. فإن ظروف الحال إذا اقتضت سرعة أقـــل، تكون مراعاة مقتضيات هذه الحال واجبة، وحينئذ يتعيـــن مـــدى الواجـــب بالرجوع إلى معيار الرجل العادي[1].

غير أن قصر دائرة الخطأ على الإخلال بتلك الواجبات المنصوص عليها صراحة يؤدى إلى تضييق نطاق العنصر المادى للخطأ تضييقاً شديداً من شأنه أن يجعل قواعد المسئولية المدنية تقصر عن تحقيق العدالة ومـــا تقتضيه من تعويض فى كثير من الحالات الأخرى.

لذلك سرعان ما سلم بوجوب عدم قصر الخطـــأ علـــى الواجبـــات القانونية المنصوص عليها صراحة، وبضرورة الكشف عن واجبات قانونية أخرى غير منصوص عليها، ويعد الإخلال بها خطـــأ يســـتتبع المســـئولية والتعويض[2].

الواجبات القانونية غير المنصوص عليها :

٤٥- استتبع عدم قصر الخطأ على الواجبات القانونية المنصوص عليـــها صراحة، ضرورة الكشف عن واجبات قانونية غير منصوص عليها، وقـــد

---

(١) حكم النقض الجنائى فى ١٩٤٣/٣/١ - المحاماة ٢٥-٥٢-٢٨/٥٢، وفى حكم آخر لها بتاريخ ١٩٥٧/١/٧م، قضى فيه بأن: السرعة التى تعتبر خطراً على حياة الجمهور وتصلح أساساً للمسئولية فى جرائم القتل والإصابة بالإهمال، إنما يختلف تقديرها بحسب الظروف المحيطة بالحادثة والفصل فى ذلـــك هو فصل فى مسألة موضوعية، المحاماة ٣٨-٤٩٠-١٨٤.

(٢) د. سليمان مرقس - الوافى - السابق - ص١٩٠.

ظهرت فى هذا السبيل عدة محاولات تستهدف تحقيق ذلك مما أدى لظهور ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى الاستناد إلى المبادئ العامة للقانون:

٤٦- وأول من عنى بتحديد تلك الواجبات على ضوء المبادئ العامة للقانون: الفقيه الفرنسي: "بلانيول"، فهو بعد أن عرف الخطأ بأنه: إخلال بواجب قانونى سابق ، قال: إن المقصود بذلك ليس الإخلال بالتزام قائم بين شخصين معينين فحسب، بل أيضا الإخلال، بأى التزام من الالتزامات العامة التى تقع على عاتق كل شخص، والتى لا يحتاج تقريرها إلى نصوص خاصة، بل تستنبط من المبادئ العامة للقانون، مثل الامتناع عن استعمال القوة ضد الأشياء والأشخاص، والامتناع عن الغش، والامتناع عن الوعد بعمل لا يقدر عليه الإنسان، والرقابة على الأشخاص والأشياء[١].

نقد اتجاه الأستاذ بلانيول:

٤٧- بيد أن ما ذهب إليه الأستاذ: "بلانيول"، لم يسلم من النقد، وأظهر ما قيل ردا عليه: إنه ليس فى استطاعة أحد أن يضع بيانا شاملا لتلك الواجبات، لأنها تنشأ من ظروف الحياة المختلفة والمتنوعة تنوعا لا نهائيا، وعلى نحو ما يقول الشهرستانى: إن ما لا يتناهى لا يحصره ما يتناهى، وهو لم يحل مسألة الخطأ وإنما نقل صعوبتها من مرحلة لأخرى، دون تقريب حلها، وقد أظهر أن تقرير وجود واجب قانونى أو عدمه مسألة لا

---

[1] Planiol. (M): OP. Cit. p.283. ets.

تقل صعوبة عن نعت الفعل الضار بأنه خطأ، أو غير خطأ[١]، ثم إن تلـــك الواجبات القانونية الأربعة ليست هى كل ما يستنبط من المبادئ القانونيـــة العامة لأنها لا تقتصر عليها، ومن الممكن استنباط غيرها، وقصر الأســتاذ بلانيول تلك الصور الأربعة على المبادئ القانونية العامـــة يجعـل فكرتــه ناقصة ، بل عقيمة مما صرف الشراح عنها[٢]، وجعلــــهم يلجــأون إلــى الاستعانة بقواعد الأخلاق.

الاتجاه الثانى: الاستعانة بقواعد الأخلاق :

٤٨- ورائد ذلك الاتجاه هو الأستاذ "سافاتييه" حيث عرف الخطــأ بأنــه: إخلال بواجب قانونى، كان فى وسع المخل أن يتبينه وأن يلتزمـــه[٣]، ثــم عرض لتعيين الواجب الذى يعد الإخلال به خطأ فقال: إن هذا الواجب إمــا أن يكون منصوصاً عليه قانوناً، وإما أن يكون ناشئاً عن عقـــد، أو يكــون واجباً أدبياً محدداً، أى أنه يأمر بفعل معين، أو ينفى عن عمل محدد، وإمــا أن يكون هو الواجب العام الذى يفرض على كل شخص عـــدم الإضـــرار بالغير[٤].

---

(١) فى هذا المعنى:
Colin (A). et Copitant (H): Traite de Droit civil, T.2, p.18. Dalloz 1959.

(٢) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٣.

(3) Savatier (R): OP. Cit, No 4.

(4) Savatier (R): OP. Cit, No 6.

نقد رأي الأستاذ "سافاتييه":

٤٩- وقد أخذ على هذا الرأى: أنه لا يمكن أن يكون المقصود منه اعتبار جميع الواجبات الأدبية، بما فيها واجبات الإسعاف والإحسان إلى الغير واجبات يعد الإخلال بها خطأ مدنيا، فليس على المحسنين من سبيل، وهذا الرأى كسابقه لا يضع معيارا تتعين به الواجبات الأدبية التى ترمى إلى هذا المستوى[١].

وفى محاولة لتحديد معيار تلك الواجبات الأدبية، قام الأستاذ "سافاتييه" بتعيين الحقوق التى تعطى لصاحبها تصرفا يضر بالغير في ممارسته إياها[٢]، وقد أخذ البعض على ذلك التعيين - بحق - أنه لا يمكن النظر إلى تلك الحقوق باعتبارها حقوقا مطلقة تخول أصحابها فى جميع الأحوال حق الإضرار بالغير، أو حق خرق الواجب العام الذى يقضى بعدم الإضرار بالغير، وإنما هى فى واقع الأمر سلطات تعطى لصاحبها مكنة القيام بنشاط معين يختلف مداه باختلاف الظروف والأحوال التي يباشر فيها، وباختلاف حقوق الآخرين التى يصطدم بها[٣].

الاتجاه الثالث: فكرة وجود واجب قانوني عام بعدم الإضرار بالغير:

٥٠- ويقوم هذا الاتجاه على وجود واجب قانونى عام يقضى بعدم الإضرار بالغير ، أو باتخاذ الحيطة اللازمة لعدم الإضرار بالغير، وقد أخذ

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٥.

(2) Savatier (R): OP. Cit, p.36.

(٣) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٧.

بهذا الاتجاه: الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى ، ثم عمد إلى تحويره فيقول: "والرأي الذي استقر فقهاً وقضاءً يقرب معنى الخطأ فى المسئولية التقصيرية من معناه فى المسئولية العقدية، فالخطأ فى المسئولية التقصيرية: هو إخلال بالتزام قانونى، كما أن الخطأ فى المسئولية العقدية، هو إخلال بالتزام عقدي، والالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأ فى المسئولية العقدية، إما أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية، أما الالتزام القانونى الذى يعتبر الإخلال به خطأ فى المسئولية التقصيرية، فهو دائماً، التزام ببذل عناية، وهو أن يراعى الشخص فى سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز ، بحيث يدرك أنه قد انحرف كان هذا الانحراف خطأ يستوجب المسئولية التقصيرية[1].

ويقول: فأول خطوة هى أن نحدد الخطأ بأنه: إخلال بالتزام قانونى سابق يقضى بعدم الإضرار بالغير، وهذا الواجب يتحلل إلى عنصرين.

أولهما: الإخلال بحق الغير:

٥١- (أ) وحق الغير الذى يرد عليه الإخلال من المخطئ ، إما أن يكون حقاً عاما، والحقوق العامة معروفة فى القانون، وهى العصمة الواجبة للنفس والعرض والمسكن والمال ، وهى أيضاً: الحريات الفردية ومنها ، حرية الرأى وحرية الدين، وحرية الاعتقاد ، وهذه الحقوق العامة أوجبها القانون لكل إنسان فمن أخل بحق منها، وأحدث عمله ضرراً تحققت

---

[1] الوسيط – جـ٢ – ص ١٠٨٣ وما بعدها – الطبعة الثالثة ١٩٨١م، ومن هذا الرأى: دوما، وديمولومب، مشار إليهما فى د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٧.

مسئوليته[١]، فلابد – إذن – من حق يقرره القانون للغير، ويترتب على ذلك ما يأتى:

(١) أن الإخلال بمصلحة لا تصل إلى مرتبة الحق لا توجب مسئولية، مثل التاجر الذى ينافس تاجرا آخر منافسة مشروعة، ولكنه يسبب إفلاسه فى هذه الحالة، لا يكون التاجر الأول مسئولا، لأنه وإن كان قد أضاع على التاجر الثانى صالحا، فهو لم يخل بحق ثابت له[٢].

(٢) أن الإخلال بحق لم يقره القانون لا يوجب مسئولية، ولو كان هذا الحق قد قررته الآداب العامة والأخلاق، فمن امتنع عن نجدة شخص وقع فى خطر مع تمكنه من إنقاذه ، لا يكون مسئولا مسئولية قانونية وإن كانت مسئوليته الأدبية جسيمة[٣].

(ب) أما الإخلال بحق الغير فمعناه: الاعتداء على هذا الحق، ولا يعد العمل الصادر من الشخص اعتداء على حق الغير إذا استطاع هذا الشخص أن يحتمي بحق له أقوى من حق الغير، مثال ذلك: شخص يقدم رسالة إلى القضاء، وفى الرسالة مساس بكرامة الغير، ولكن هذا الشخص يستند فى تقديم الرسالة إلى أنه يريد أن يثبت بها أمام القضاء حقا له[٤].

---

[١] حتى لو وقع الاعتداء على حق شخصى، راجع:

السنهورى – الموجز فى النظرية العامة للالتزامات – ص ٣٢٣ وما بعدها – طبعة ١٩٣٨.

[٢] المرجع نفسه – ص ٣٢٤.

[٣] المرجع نفسه.

[٤] المرجع نفسه.

ثانيهما: القصور عن عناية الرجل اليقظ:

٥٢- ويجب أن يكون الشخص الذى صدر منه العمل فأخل بحق الغير، قد جانب الحيطة فى تصرفه، وقصر عن عناية الشخص اليقظ، ومعيار الرجل اليقظ معيار مادي لا شخصي، فالعناية المطلوبة من الشخص فيما يصدر عنه من فعل لا ينظر فيها إلى شخصه هو، والى القدر الذاتي الذي يشتمل عليه من يقظة وتبصر، بل يرجع فى تقديرها إلى معيار شخصي يفترض فيه من اليقظة والتبصر ، ما يتطلبه حزم التصرف وحاجات التعامل والمصالح المشتبكة ما بين الناس[1].

على أن معيار الشخص المفترض لا يجوز أن يكون منعزلاً عن الظروف الخارجية التى أحاطت بالشخص الحقيقى، الذى تقدر مسئوليته، مثل ذلك سائق يقود سيارته فى طريق مزدحم بالناس، أو في وقت خيم فيه الظلام، هذا السائق يطلب منه في تلك الحالة عناية "رجل يقظ"، تحيط به ظروف الزمان والمكان التى أحاطت بالسائق وهى ظروف خارجية، أما الظروف الداخلية الخاصة بالسائق وحده ، كأن يكون رجلاً ضعيف البصر

(١) المرجع نفسه – ص ٣٢٥، وراجع: د. سليمان مرقس – السابق – ص ٢٠٠ وما بعدها، دار النهضة العربية ١٩٧٧م، حسن عكوش – المسئولية المدنية فى القانون المدنى الجديد – ص ٢٧، مكتبة القاهرة الحديثة، د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص ١٥، د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٦٤٤ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق – ص ٤٥٣، د. أنور سلطان – السابق – ص ٣٠٧، وفى هذا: حكم محكمة النقض المدنى بتاريخ ١٩٧٨/٣/٦، مجموعة أحكام النقض – س ٢٩-٦٨٦-١٣٤، وقد قضى بخطأ ربان الباخرة لأنه عرض أجولة الدقيق على رصيف الميناء للتلف، من جراء اندفاع المياه من ماسورة عادم الباخرة، مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف الواجب اتباعه قانوناً طبقاً لنص المادتين (٢،٣) من قرار وزير الحربية رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٢، فى شأن القواعد التى يعمل بها فى الموانى والمياه الإقليمية.

فلا يقام لها اعتبار[1]، ونحن نرجح هذا الاتجاه لما يمثله من الوضوح الـذى ييسر التطبيق ، ويستوعب الحالات التي تخضع له كما ، أنه يتلافى كثـــيرا من الملاحظات التى أخذت على الاتجاهات المخالفة.

---

(1) د. السنهورى – المرجع نفسه.

(٢) الركن المعنوي في الخطأ (الإدراك):

لا يكفى ركن التعدي حتى يقوم الخطأ، وإنما يجب أن يكون المعتدى مدركا لما يفعله، وهو يكون كذلك إذا كان مميزا يستطيع أن يعي ما فى سلوكه من انحراف، وعلى هذا فلا مسئولية دون تمييز وقد عبرت عن هذا المعنى: المادة (١/٩٦٤) مدني مصري بقولها: "يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه، وهو مميز"، وعلى هذا فالصبي غير المميز لا يكون مسئولا أيا كان نوع المسئولية جنائية أو مدنية، وكذلك المجنون المعتوه عتها تاما، وكذلك من فقد رشده بسبب عارض مؤقت، كالسكر أو الغيبوبة، أو التنويم المغناطيسي أو الصرع، فهؤلاء لا ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم[١]، وبشرط ألا يكون انعدام التمييز راجعا إلى خطئهم[٢].

وإذا كان هذا هو المقرر فى القانون المدني، فإن الأمر يختلف فى الشريعة الإسلامية، فهى تقيم المسئولية المدنية على أساس تحمل التبعة فى هذا الشأن، لا على أساس الخطأ، وقد نصت على ذلك المادة (٩٦٠) من مجلة الأحكام العدلية، فقالت: إذا أتلف الصبي مال غيره، فإنه يلزمه الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه"، وبالرغم من أن النظرية المادية فى المسئولية التقصيرية، تأخذ بالحكم المقرر فى الشريعة الإسلامية، فتقيم المسئولية المدنية، على أساس

---

[١] د. السنهورى – الوسيط – السابق – فقرة ٥٣٥، د. عبد الرازق فرج – ص ٢٢.

[٢] د. أنور سلطان – السابق – ص ٣١٥، وقد توسع القضاء الفرنسى فى هذا الشأن إلى حد تقرير مسئولية المجنون إذا كان الجنون راجعاً إلى الإدمان على السكر أو الفجور، وراجع: د. محمد لبيب شنب – ص ٣٥٥، والسنهورى فى الوسيط – فقرة ٥٣٩.

مبدأ تحمل التبعة، والذى يقيم المسئولية - بدوره - على أساس الضـــرر ، لا الخطأ ، وأن كل ضرر يجب تعويضه دون نظر لما إذا كـــان المتعــدى مدركا أو غير مدرك، وأنه ليس من العدالة أن يعفى من المسئولية الصبــي غير المميز إذا كان واسع الثراء وأحدث ضررا بفقير معـــدم، وقــد تــأثر القانون المدني المصري باتجاه القوانين الحديثة فى هذا الشأن ، بالرغم مــن أن المسئولية فى نظره تقوم أساسا على الإدراك والتميــيز، فجعــل عديــم التمييز مسئولا في حالة خاصة، نصـــت عليـــها المـــادة (٢/١٦٤) مدنـــي مصري بقولها: "ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكــن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض مـــن المســئول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلـــك مركز الخصوم".

٥٣- ولما كان الأصل وفقا للمادة (١/١٦٤) مدني مصري ، هو أن عديم التمييز كالصبي غير المميز الذى لم يبلغ سن السابعة، والمجنون والمعتـــوه عتها كاملا يعتبر - بحسب الأصل - غير مسئول عن تعويـــض الضـــرر الناشئ عن أفعاله التى يرتكبها، إلا أن المشرع قـــد أجـــاز الحكـــم عليـــه بالتعويض وفقا للمادة (٢/١٦٤) مدني مصري ، لا على أســـاس الخطـــأ، وإنما على أساس مبدأ تحمل التبعة، إذا لم يتمكن المضرور من الحصـــول على التعويض من الشخص المكلف بالرقابة على عديم التميـــيز كوليـــه أو وصيه، وذلك لإعساره، أو إذا لم تتحقق مسئوليته لقيامه بنفي الخطـــأ فـــي رقابة عديم التمييز، ففي هذه الحالة يجوز الحكـــم علـــى عديـــم التميـــيز

بتعويض عادل تراعى فيه الظروف الخاصة لكل من الطرفين، وفقا للسلطة التقديرية للقاضي في هذا الشأن[1].

خصائص الخطأ في العدول عن الخطبة:

٥٤- والخطأ في العدول عن الخطبة، ليس ناشئاً عن العدول، لأن العدول حق لا يترتب عليه أى أثر من جهة الضمان - كما رأينا - ولكنه ضرر مقارن له، أو مصاحب للعدول، دون أن يكون وصفاً له، كما يجب أن تتوافر فيه شروط المؤاخذة، ومنها أن لا يقوم بالمخطئ سبب من أسباب الإعفاء من المؤاخذة على الخطأ، وينبغي بيان ذلك:

أولاً: أن يكون الضرر مصاحباً للعدول لا ناشئاً عنه:

في مجال الخطأ المتعلق بالتعويض عن العدول يجب أن يكون ذلك الخطأ مصاحباً للعدول وليس ناشئاً عنه، وبتعبير آخر ينبغى أن يكون الخطأ مقترناً بالعدول، وليس متلبساً به، والاقتران يعنى وقوع الخطأ فى الفترة الزمنية التى يقع فيها العدول أو بعده بفترة لا تنفى عنه وصف الاتصال به، أو لا تنقطع فيها الصلة بينهما، والمراد بالصلة هنا أن يكون العدول بعد وقوعه أو حال وقوعه باعثاً لارتكاب الخطأ بحق الطرف الآخر، بحيث يجنى ذلك الخطأ انعكاساً لحنقه عليه وغيظه منه، وكاشفاً عن الرغبة المستكنة بين الجوانح فى الانتقام منه والكيد له، لأن العدول فى ذاته يهيئ بيئة صالحة لارتكاب مجموعة من الحماقات التى أصبحت من عادات الناس فى ظل أعراف انحسرت فيها القيم، وانزوى منها الأدب وأصبح

---

[1] د. عبد الرازق فرج -ص ٢٣، د. أنور سلطان - ص ٣١٦، د. عبد المنعم فرج الصدة - ص ٤٥٨ وما بعدها، د. سليمان مرقس - الوافي - ص ٢٥٠ وما بعدها، د. محمد لبيب شنب - ص ٣٥٤.

العيب طاغيا وذا حضور على ساحة الحياة ولم يعد يبقى للود أثر، وذلـــك من شأنه أن يكون باعثا على الخطأ ومذكرا به.

وفى هذا تقول محكمة النقض: إن الخطبة ليست إلا تمـــهيدا لعقــد الزواج ، وهى لا تقيد أحد المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنــــه فـــى أى وقت شاء ، خصوصا وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كـــامل الحرية فى مباشرته ، لما للزواج من خطر فى شئون المجتمـــع، وهـــذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول قد لازمتهما أفعال مســـتقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديـــا وأدبيـــا بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها فى حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - أفعـــال ضارة موجبة للتعويض[1].

وقد يتخذ ذلك الخطأ شكل إشاعة يطلقها الخاطب على مخطوبتـــه فينال بتلك الإشاعة من سمعتها، كأن ينسب لها مرضا عضالا يجعــل مـــن يعلم به ينفر منها ولا يفكر فى الاقتران بها، أو أن يدعى أن لـــها رائحـــة كريهة لا يطيقها من يقترب منها، أو أنها لا تتحوط فيما يتعلـــق بســمعتها وشرفها، أو أنها لا ترد يد لامس، أو غير ذلك من النعوت المتعلقة بســمعة المخطوبة وخصوصيات حياتها، وقد يكون الخطأ متعلقا بـــأهل المخطوبـــة قصدا لتأثرها به وامتداد الأذى إليها من خلاله، حيث لا يخفى صلة الأهـــل بسمعة الفتاة فى مجال الروابط الاجتماعية، إذ أنهم يشكلون ميزة الحســـب

---

(1) نقض مدني في ١٤/١٢/١٩٣٩، مجموعة عمر ٣-١٤-٣٠، والمحاماة ٢٠-٢٩٣-٧٦٠.

التى تتكح من أجلها المرأة، فإذا طعنت تلك الميزة بما يجرحــها، ويذهـب قيمتها فى حياتها يكون فى ذلك أبلغ الضرر لها، ومن أمثلة ذلك أن يرمــى أهلها، بأنهم بخلاء، أو أنهم لا يتورعون مــن ارتكــاب الفواحــش، أو أن عيشتهم من مال حرام، أو ينسب لأحدهم جريمة مخلة بالشرف والاعتبــار أو غير ذلك من النعوت والأوصاف المقززة ، التى تجعل ضحيتها عرضــة للاحتقار الاجتماعي والمعرة بين الناس، فإن كل تلك الأمثلة وغيرها تمثــل حالات للخطأ عند العدول عن الخطبة كما تمثل خطأ قائماً بذاته.

وقد يكون الخطأ فى جانب المخطوبة، حين تنسب لمن عدل عــن خطبتها ما يسئ إلى سمعته، أو يحقره بين قومه وذويه ومعارفه، ويجعــل الناس يفرون منه، فإن الخطأ يكون متوافر بجانبها ويكون وجوده عنصــراً من عناصر المسئولية عن التعويض.

معيار تقدير الخطأ شخصي :

٥٥- ومعيار تقدير الخطأ فى مجال العدول عن الخطبة معيار شــخصي وهذا يتضح جلياً من وجهين:

أولهما: أن الذى يقدر الخطأ ويستشعر وجــوده ويتقــدم للقضــاء طالبــاً التعويض عنه، هو من حل به ذلك الخطأ، أو المضرور منه، ذلك أن حــق التقاضي عما يصيبه من الضرر، إنما هو خالص حقــه، ومــن ثــم كــان المعول عليه فى وجود السبب الداعي لهذا التقاضي راجعاً إليه وحده، ثــم إنّ وقع الخطأ وألمه إنما يصيب من وجه إليه، ومن شأن المصاب أن يبدى ما يعبر عن ألمه، فإذا سكت عما وجه إليه من إهانات أو تغاضى عنــه، أو آثر العفو والسماح مفوضاً أمره إلى الله يكون ذلك شأنه.

وتقدير الأذى فى الخطأ لا يشعر به غير صاحبه، من خلال تقدير شخصي ينفرد به ويستقل فيه وحده، فقد يكون فى إسناد وصف (ما) لشخص ميزة له، لكنه يرى أن إعلان تلك الميزة ضار به ، أو ليس في صالحه، وذلك كمن يصف شخصا بأنه أكول فى مجال إظهار كرمه وعدم حرصه على المال إلى درجة التقتير على نفسه، إلا أن ذلك الوصف يمكن أن يؤذيه ، من جهة ما قد يسببه له من خجل عند الاجتماع على الطعام فى الضيافة أو مع أقاربه أو زملائه، ومثاله من يصف شخصا بالبذخ، فإن ذلك الوصف قد يراه الواصف كرما، وقد يراه الموصوف سفها، ومن ثم كان مناط التقدير له.

وأساس ذلك أن حق الإنسان على سمعته وخصوصيات حياته يمثل حقا قائما بذاته وعنصرا فى إبراز كيانه، وذلك الحق يجب أن يحمى بدون توقيف على غير ما يراه صاحبه، ولذلك قيل: إن لصاحب المنزل أن يطرد منه ذلك الغريب الذى أقام بالمنزل وهو خال من أهله، حتى ولو لم يترتب على إقامته ضرر، بل حتى إذا ترتب على تلك الإقامة مصلحة للمالك كحراسة المنزل وتهويته[1].

وهذا المعنى فى التقدير يتفق مع اتجاه التشريع الإسلامى،وهو ما يفهم من حديث النبى - صلى الله عليه وسلم - عن الغيبة، حيث جعل مناط التأثيم فيه كره المغتاب لما ذكر به ، فقد روى أبو هريرة أن رسول الله -

---

[1] د. عبد الحى حجازى - نظرية الحق فى القانون المدنى - ص ٢٧ - مكتبة سعد عبد الله وهبة، د. حسام الأهوانى - نظرية الحق - ص ٩٢ - طبعة ١٩٧١، د. حسن كيرة - السابق - ص ٥٥١، د. سعيد جبر - النظام القانونى للاسم المدنى - ص ٩ - دار النهضة العربية ١٩٩٠.

صلى الله عليه وسلم - قال: "أتدرون ما الغيبة؟، قالوا الله ورسوله أعلم، قال: ذكرك أخاك بما يكره، قيل : أفرأيت إن كان فى أخي ما أقول؟، قال: إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته، وإن لم يكن فيه فقد بهته[1]"، فقد دل هذا الحديث الشريف على أن مناط التأثيم فى ذكر ما ينسب للإنسان مستهدفا تلويث سمعته وشرفه واعتباره كالغيبة والسب والقذف، والإشاعات الكاذبة وغيرها، متعلق بالمعتدى عليه، بحيث يكون تقديره لتأثير الأذى الواقع عليه راجعا إليه وحده، بدليل أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال: ذكرك أخاك بما يكره، حيث أضاف الكره إليه هو، فدل ذلك على أن المعول عليه فى تقديره مرجعه إليه.

ثانيهما: أن الناس يتفاوتون فهما ومنزلة وبيئة، فمنهم الشريف والخسيس، ومنهم الرفيع والوضيع، ومنهم التقى والسوقي، وما يسيء إلى شخص ربما لا يسئ بالضرورة إلى الآخر، وما يراه شخص ماسا به، وطاعنا لشرفه قد يراه شخص غيره أمرا عاديا يضحك له ويبتسم فى بلاهة بسببه، ومن الناس من يعتبر سبه على الملأ أو عن طريق النشر شهرة له وذيوعا لاسمه، ومنهم من يعتبره تشهيرا وإهانة على الملأ، لهذا؛ ونظرا لاختلاف الأفهام والبيئات والمنازل الاجتماعية، كان لابد من الأخذ فى تقدير الخطأ من جهة وجوده ومقداره بالاعتبار الشخصى ، بحيث يراعى القاضي فى تقديره كل حالة يثار فيها موضوعه على حدة.

---

(1) أخرجه مسلم، راجع: سبل السلام للصنعانى - جـ٤ - ص ٣٧٩ وما بعدها.

ثانيا: أن يكون الخطأ فعالا:

والخطأ الفعال هو الذى لا يقوم به سبب من أسباب الإعفاء التى يمكن أن يعتصم بها المخطئ من مساءلته عنه، ويمكن إبراز فكرة الخطأ الفعال في العدول عن الخطبة من خلال بعض الأمثلة التى تدل عليها، مثل تفريط المعتدى عليه فى حق نفسه، ورضاه بما وقع عليه من خطأ، ودفاع المخطئ عن نفسه فى حالة رد الاعتداء ، أو أن يكون التعدي صادرا بغرض المحافظة على مصلحة عامة، كالتبليغ عن الجرائم أو دفع خطر عام عن المجتمع، ونود أن نبين ذلك:

(١) تفريط المعتدى عليه فى حق نفسه:

إذا فرط المعتدى عليه فى حق نفسه وسكت عما يوجه إليه من خطأ، فإنه لا يلومنّ إلا نفسه ، وليس من المطلوب أن يكون المجتمع أحرص على حقوق الشخص من نفسه، فمن تحدث عن نفسه حديث سوء يتعلق بفعل فاحش ستره الله فيه، ثم فضح ستر الله وعمل هو على الإضرار بنفسه، فلا يكون من المستساغ أن يلام الطرف الآخر إذا تحدث بما تحدث به صاحب الشأن عن نفسه، لأن من فرط فى حق نفسه لا يلوم غيره إذا فرط فيه، والبادي أظلم ، وكيف نؤاخذ شخصاً على فعل لم ير صاحب الشأن به ما يقتضى المؤاخذة عليه، أو الحساب عنه، بدليل أنه هو نفسه قد فعله، ولا يمكن أن يكون قد فعله قصداً للعنت وزجاً بنفسه فى أتون المساءلة ، ومن هذا القبيل أيضاً أن يسمع الخطأ الذي وقع عليه أو يراه ثم يسكت ولا يعبر عن ضجره منه أو عدم رضاه عنه، ويحسن بيان ذلك:

(أ) حديث المعتدى عليه عن نفسه:

لدى بعض الناس تفريط كبير فى حق أنفسهم، بمقتضاه لا يتهيبون أن يفعلوا ما يضر بهم ؛ ومن هؤلاء الناس صنف يعمل الفاحشة فى جنح الظلام أو بين حوائط أربع أو خلف أبواب مغلقة لا يراه فيها أحد غير الله ولا يعلم عما فعله أحد سواه، والستر من الفضائح نعمة من أجل نعم الله على الإنسان، لأنه يحفظ هيبته، ويبقى رزقه، ولا يجعل الناس ينفضون عنه خوفاً من تلوث سمعتهم من الاحتكاك به، لكن تلك النعمة قد تكون مجحودة لدى بعض الحمقى ممن لا يعرفون قدرها ولا يدركون أبعادها، فإذا ما سترهم الله عز وجل، إذ بهم يفشون هذا الستر ويفضحون أنفسهم، وقد يكون ذلك الحديث عن النفس من باب الزهو بالحرام وإظهار مدى قدرتهم على إعادة ممارسته، أو يكون من قبيل المزاح واللهو والتحدث بما خاضوه من تجارب، وهذا النوع من التفريط فى حق النفس لا يعرف جريمة بعينها أو مخالفة محددة، فقد يكون تحدثاً بالسرقة ، أو الزنا أو القتل أو الرشوة أو السطو المسلح أو الخطف أو الاختلاس أو الهجوم على المنازل ليلاً، فإن كل تلك الموبقات يمكن أن تكون موضع حديث عن النفس من قبل أولئك المجرمين الذين تورطوا فيها، فلو حدث ذلك من خاطب، أو من أحد أولئك الذين يمتد عارهم إليه من أهله وأقاربه، ثم حكاه الطرف الآخر أو نقله كما سمعه أو أخبر به أو شهد به شهادة تسامع وحكاية، فلا يستساغ قيام المساءلة بحقه فى تلك الحالة.

(ب) الرضا بوقوع الخطأ:

ومن صور التفريط فى حق النفس أن يرضى المعتدى عليه بوقوع الخطأ من الآخر، وهذا الرضا قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً.

والرضا الصريح يتمثل فى صدور العبارات الدالة على وجوده أو ما يقوم مقامها ، بحيث يمثل ذلك نوعاً من التصريح للمخطئ بممارسة الفعل، وهذا النوع من الرضا وإن كان نادر الوقوع، حيث يقل - فى العادة - وجود من يصرح لغيره بفعل ما يمثل خطأ بحقه، إلا أنه مع تلك الندرة لا يستبعد وجوده، وذلك فى بعض الحالات التى قد يرى من يقع منه ذلك فيها مصلحة له تربو فى نظره على مصلحة منع الخطأ، فقد يصرح طرف للآخر بأن يتحدث عن ظروفه الصحية الحرجة، أو حالته النفسية المضطربة ليستدر بذلك عطف من بيده مصلحة له، أو لديه خدمة يود حصولها منه، ومن هذا القبيل الحديث عن كوارث العائلات، أو محنة بعض الأفراد وصولاً إلى هذا الغرض.

بيد أن أكثر صور الرضا وقوعاً فى مجال الخطأ الناشئ عن فسخ الخطبة، هو الرضا الضمني، والرضا الضمني يتمثل فى أن يكون المعتدى عليه فى وضع لا تدع ظروف الحال أدنى شك فى رضاه بما يقع عليه، أو بما يدور حوله، وذلك كان يسمع ذكر مساوئه بنفسه ثم يسكت، أو يقرأ الفضائح المنشورة عنه فى أحد الجرائد أو المجلات ولا يحرك ساكناً أو يكتفي بمط شفتيه، أو أن يقول: سامحهم الله، أو أن يفوض أمره إلى الله، أو غير ذلك من المواقف والعبارات، أو حتى الإشارات التى تدل على أنه غير مكترث بالتعدي أو مهتم به ، أو ليس له رغبة في التقاضي بشأنه ، وفى مثل هذه الحالة لا يكون الخطأ الواقع من الطرف الآخر محل مساءلة، لأن الحق حقه، وقد تنازل برضاه عنه، والمساءلة لا تقوم مع الرضا والتنازل.

(٢) دفاع المخطئ عن نفسه:

قد يقتضى دفاع المرء عن نفسه أن يذكر بعض الأمور التى قد تنطوي على إساءة لغيره، وقد يكون ذلك فى مجال رد الأخطاء التى يريد الطرف الآخر أن يلصقها به لينال منه أو يتعدى على عرضه وشرفه، ولا تثريب على الإنسان إذا هو رد على من يسيئ إليه بمثل ما أساء، وإن كان جانب العفو أفضل، إلا أن اعتبار الكرامة وغيرة الإنسان على شرفه يبرزان ذلك الرد، بل ويجيزانه ولهذا كان تنظيم الشارع الحكيم لهذا الرد متفقا مع الفطرة، ومنسجما مع ما استقر فى الطبيعة السوية من خوف على العرض، وضجر من الضيم، وصدق الله العظيم حين قال: "لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم[١]"، فقد بين هذا القول الكريم أن للمظلوم أن يرد الظلم عن نفسه، وأن يقاوم الأذى بمثله، ولا تثريب عليه إذا هو فعل ذلك، لأن الإذن ينافى الضمان.

وينبغي - بداهة - لتوافر الإباحة فى الخطأ هنا أن يوجد شرطان:

أولهما: أن يكون فعل المخطئ مسبوقا بالخطأ والتعدي من الطرف الآخر، فإذا لم يكن مسبوقا فإن الخطأ يكون تعديا خالصا، ولا تتوافر فيه ظروف الإباحة، وهذا الشرط وإن كان مفهوما من أدلة الشارع التى أباحت للمعتدى عليه، أن يرد على التعدي بمثله، وذلك فى قول الله تعالى: "وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا[٢]"، وقوله تعالى: "ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه، فإن قاتلوكم فاقتلوهم، كذلك جزاء

---

[١] سورة النساء – آية ١٤٨.

[٢] سورة البقرة – من الآية ١٩٠.

الكافرين[1]"، حيث أفاد هذان القولان الكريمان وغيرهما أن المعتدى عليه يجوز له أن يرد على التعدي إذا وقع عليه، وهذا ما دلت عليه السنة الصحيحة، وذلك فيما روى أبو هريرة - رضى الله عنه قال: " جاء رجل إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال يا رسول الله: أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟، قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟، قال: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟، قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟، قال هو فى النار[2]"، حيث أفاد ذلك الحديث، إباحة قتل من يبدأ الإنسان بالقتال، وفى هذا يقول الإمام النووى: "المسلم بإسلامه محترم فى ذاته كلها دينا ودما وأهلا ومالا وعرضا، ولا يحل لأحد أن يعتدي عليه فيها، فإذا أريد شيئ من ذلك منه جاز الدفع أو وجب عليه، وذلك على اختلاف بين العلماء فيما يراد منه من دم أو مال أو دين أو أهل[3]".

أقول: وإذا كان ذلك هو اتجاه الشارع الحكيم الذى دل عليه كتابه الكريم، وسنة نبيه العظيم محمد - صلى الله عليه وسلم - فإن اتجاه القانون لا يبعد عن هذا ولا يخالفه وهو ما يفيده نص المادة (١٦٦) مدني مصري، الذي يقول: "من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله، كان غير مسئول، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة"، فإن مجال إعمال هذا النص يقتضي سبق وقوع التعدي ، وإلا لما كان دفاعاً، وأساس ذلك، أن سلطات الأمن فى الدولة ليست موجودة فى

---

[1] سورة البقرة – من الآية ١٩١.

[2] صحيح مسلم – جـ١ – ص ١٢٤ – الطبعة الأولى سنة ١٩٥٥م – دار الكتب المصرية.

[3] شرح ابن العربى على صحيح الترمذى – جـ٦ – ص ١٨٩ وما بعدها.

كل مكان، وعلى الإنسان أن يحمى نفسه إذا انعدمت حمايتها، ومن أول واجبات الإنسان أن يحمى نفسه بنفسه إذا انعدمت حمايتها.

ثانيهما: أن يكون الدفاع بقدر التعدي :

وذلك ما تفيده أدلة الشارع الحكيم، حين قال:" وجزاء سيئة سيئة مثلها[1]"، حيث جعل التماثل وصفا فى الجزاء، فدل بذلك على أنه شرط فيه، وقوله تعالى:" وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا"، حيث جعل رد القتال بمثله ونهى عن الزيادة فى الرد ، وسماها تعديا منهيا عنه، فدل ذلك على وجوب التماثل ، لأنه هو الذي يدفع ذلك التحريم، وما يدفع التحريم يكون واجبا.

وهذا الذى تفيده تلك الأدلة، هو ما يستفاد من نص المادة (١٦٦) مدني مصري سالفة الذكر، حيث قيدت الدفاع الشرعى عن مصالح الإنسان بما لا يجاوز القدر الضروري ، والقدر الضروري هو ما يدفع التعدي ، وما يدفعه يكون مثله فإن زاد وجب الضمان فيما زاد.

(٣) أن يكون إتيان الخطأ لمصلحة عامة:

وقد يكون إتيان الخطأ قد جاء فى سياق المحافظة على مصلحة عامة توجبه، وذلك كما لو كان الخطأ إفشاء لجريمة يتعين الإبلاغ عنها، أو أداء لشهادة أمام القضاء يجب عليه أداؤها، أو حماية للمجتمع من وباء خطير ، أو مرض معد تحتم المصلحة العامة إبلاغ الجهات المعنية عنه، حتى يتسنى لها اتخاذ التدابير اللازمة للوقاية منه، فإن هذه الحالات وأمثالها

---

(١) سورة الشورى – من الآية ٤٠.

يكون إتيان الخطأ فى وجودها سبباً للإعفاء من المساءلة عنه، لرجحان المصلحة فيها على جانب المفسدة الناشئة عن الخطأ المقترف بحق الفرد ، ومن المعلوم بداهة من قواعد الفقه الكلية ومبادئ القانون المرعية ، أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة [1] ، ومن ثم يئول الاحتكام لها ، وتحديد مبادئ المسئولية عن الخطأ من خلالها.

---

(1) راجع : الأشباه والنظائر لابن نجيم - ص ٨٧ - طبعة الحلبي سنة ١٩٦٨م ، ونص القاعدة : يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام ، وراجع القواعد الفقهية للندوى - ص ٣٨٥ - دار القلم بدمشق .

المبحث الثاني

الضرر في العدول عن الخطبة

٥٦- يجب لقيام المسئولية فى حالة العدول عن الخطبة، أن يكون الخطأ مؤديا لحدوث الضرر، ولذلك كان هو الركن الثانى من أركان المسئولية المدنية.

ويقصد بالضرر ، كل أذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو مصالحه المشروعة، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية[١]،أو ما يقصد منه المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما، على نحو يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التى يخولها ذلك الحق، أو تلك المصلحة لصاحبه. فالضرر لا يعتد به إلا إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل ذلك، فإذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر الأشد ضررا أخف منه، فإنه لا يعتبر فعلا ضارا ولا يستوجب التعويض[٢].

وإذا كان الضرر هو الذى يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، أو بمصلحة مشروعة له ، فإنه يستوي بالنسبة له أن يكون

---

(١) د. حميل الشرقاوى – دروس فى النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – ص ٤٤ – دار النهضة العربية ١٩٨٦؛ د. عبد الحى حجازى – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ص ٤٧٠ – مكتبة نهضة مصر بالفجالة ١٩٨٥، والوسيط للسنهورى – جـ١ – ص ٩٢٧، د. حشمت أبو ستيت – مصادر الالتزام – ص ٤٣٥ – طبعة ١٩٥٤.

(٢) حكم النقض المدنى فى ١٩٤٤/٢/٢٤ فى الطعن رقم ٧٦، ١٣ ق، موسوعة القضاء فى المسئولية المدنية للأستاذ عبد المعين جمعة – جـ١ – ص ٣٣٨.

ذلك الحق أو تلك المصلحة مما يتعلق بكيانه الأدبى أو بحقوقه المادية، دون أن يقتصر مفهوم الحق الذى يحصل المساس به على الجانب المادي، مثل حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الدائنية، بل يكفى المساس بأي حق يحميه القانون، كالحق فى الحياة ، والحق في حفظ الشرف والاعتبار، بل إنه لا يشترط أن يرقى محل الحماية إلى مرتبة الحق، ويكفى أن يقع الضرر على مصلحة مشروعة للشخص، ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة، طالما أن هذه المصلحة مشروعة ، أى غير مخالفة للقانون، كمصلحة من يعولهم الشخص، دون إلزام قانونى عليه فى بقاء الشخص على قيد الحياة سليماً من المخاطر التى تعوق دون استمراره بمهمته[1].

٥٧- وقد أورد فقهاء القانون لتحديد معنى الضرر عدة معان؛ فعرفه بعضهم: "بأنه الأذى الذى يصيب المضرور فى جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه[2]"، وعرفه البعض الآخر بأنه: "الأذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة له. سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية[3]".

(١) د. سليمان مرقس – المسئولية المدنية فى تقنينات الدول العربية – القسم الأول – فقرة ٦٢ – طبعة ١٩٧١.

(٢) د. السنهورى – الوسيط – جـ١ – ص ٩٢٧، د. مصطفى مرعى – المسئولية المدنية – فقرة ١٢٢، د. حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام – فقرة ١٢٢، د. عبد الودود يحي – السابق .

(٣) د. جميل الشرقاوى – دروس فى النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – فقرة ١١، د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٤٧٠، والأستاذ حسين عامر – المسئولية المدنية – ص ٣٠٦، د. محمد حسين الشافعى – ركن الخطأ فى المسئولية المدنية – ص ٤٩٩.

وفى الفقه الإسلامى، يطلق الضرر، ويراد به ما هو ضد النفـــع[1]، وقد ذكر علماء اللغة للفظ الضرر عدة معان استقوها من قول الله تعـــالى: وإذا مس الإنسان الضر دعانا .. الآية " [2]، فقالوا: إن الضر، بضم الضـــاد يتعلق بما يكون من سوء الحال والقوة والشدة الواقعين على البـــدن، وأمـــا الضر بفتح الضاد، فهو ما كان ضد النفع[3]، وقد أطلق علـــى كـــل نقـــص يدخل الأعيان[4].

وفى اصطلاح الفقهاء: ورد التعبير عن الضرر بعدة معان: منـــها الإتلاف، ومنها الاستهلاك، ومنـــها الإفســـاد، ومنـــها الأفعـــال الموجبـــة للضمان[5]، والواقع أن هذه المعاني غير مقصودة لذات التعريف، بل هـــى وصف للأفعال الموجبة للضمان[6].

وقد عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه: إلحاق مفسدة بالغير مطلقـــاً، أو هو كل أذى يلحق بالشخص سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضـــه أم عاطفته، فيسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو التلف المادى أو بنقـــص المنافع، أو زوال بعض الأوصاف[7].

---

[1] مختار الصحاح – ص ٣٧٩ – دار الفكر.

[2] سورة يونس – الآية ١٢.

[3] ابن منظور – لسان العرب – جـ٢ – ص ٢٥٧٣، مادة ضرر.

[4] المصباح المنير – مادة ضرر.

[5] راجع فى هذا المعنى: حسين الشامي، السابق، ص ٥٠٠.

[6] الكاسانى – بدائع الصنائع – جـ٦ – ص ٢٨٦، والضمان فى الفقه الإسلامى للشيخ على الخفيـــف – ص ٤٦، ومجمع الضمانات للبغدادى – ص ١٥٣، والقواعد فى الفقه الإسلامى – لابن رجـــب – ص ٢٠٤، وراجع: ضمان المتلفات للدكتور سليمان محمد أحمد – ص ٢١٩ وما بعدها.

[7] ابن حجر الهيثمى – فتح المبين لشرح الأربعين – ص ٢٣٧، دار إحياء الكتب العربية سنة ١٣٥٢ هـ، وفيض القدير – لمحمد المدعو عبد الرؤوف المناوى – جـ٦ – ص ٤٣١، الطبعة الأولى – ١٣٥٦هـ – المكتبة التجارية الكبرى.

وقد عرف بعض الفقهاء المحدثين الضرر بأنه: إتلاف جزئي أو كلي لشيىء مادي ، والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيئ منفعته كلاً أو بعضاً[1].

وتعريف الضرر بالإتلاف قاصر، لأنه لا يشمل الجراحة التى لا تفقد كل المنفعة ولا بعضها، ويجب فيها التعويض ولو بأجرة الطبيب وثمن الأدوية، ولا يشمل غير الجراحة مما لا يفقد الشيئ منفعته كلها ولا بعضها، وإنما يؤثر فى كماله، كالخرق اليسير فى الثوب، كما أنه لا يشمل الإضرار بالقول، كما فى سب الآخرين وشتمهم، فإن فيه ضرراً لهم ، ولا يسمى إتلافاً[2].

٥٨- وقد أشار فقهاء المالكية إلى التفرقة بين الإتلاف والإفساد، ومثلوا للإتلاف بقتل الحيوان، وتمزيق الثوب، وقطع الشجر، وذكروا أن الإفساد على نوعين، أحدهما: ما يذهب المنفعة المقصودة من الشيئ كمن قطع يد عبد أو رجل دابة، والثانى: ما يكون يسيراً كثقب الثوب[3]، وهذا البيان يفصح عن مدى ما بين الإتلاف والمفسدة من فوارق، وقد عرف الحنفية

و د. مصطفى الزرقا – المدخل الفقهي العام – جـ٢ – فقرة ٥٨٦، د. محمد فوزي فيض الله – المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون – رسالة من كلية الشريعة – جامعة الأزهر عام ١٩٦٢ – ص ١١٧، د. وهبة الزحيلى – التعويض عن الضرر – بحث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الإسلامى – كلية الشريعة – جامعة الملك عبد العزيز – العدد الأول سنة ١٣٩٩هـ – ص ١١.

والشيخ على الخفيف – الضمان فى الفقه الإسلامى – ص ٤٦ وما بعدها.

(١) د. شفيق شحاته – النظرية العامة للالتزام فى الشريعة الإسلامية – فقرة ٢٢٩.

(٢) د. فوزي فيض الله – السابق – ص ١١٧.

(٣) القوانين الفقهية – لابن جزى – ص ٣١٨.

الإتلاف بأنه: إخراج الشئ من أن يكون منتفعاً به، منفعة مطلوبة عادة، وهذا اعتداء وإضرار[1]، سواء وقع إتلافاً له صورة ومعنى بإخراجه عن كونه صالحاً للانتفاع، أم معنى، بإحداث ما يمنع الانتفاع به، مع قيامه في نفسه حقيقة، لأن كل ذلك اعتداء وإضرار، وسواء كان الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل التلف ، أو تسبيباً بالفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة، لأن كل واحد منهما يقع اعتداء وإضراراً فيوجب الضمان[2].

كما أن تعريف الضرر بالنقص الذى يدخل على الأعيان، قاصر أيضاً، لعدم شموله للإتلاف الكلى، وإن كان يمكن أن يدخل فيه بطريق الأولى، كما أنه لا يشمل بنصه جميع الأضرار الأدبية[3].

لذلك يترجح لدينا ، أن تعريف الضرر بأنه : إلحاق مفسدة بالغير فى ماله أو نفسه أو شرفه واعتباره أو مشاعره هو الأولى، وهذا التعريف قريب مما قرره فقهاء القانون[4].

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني – جـ٧ – ص ١٦٤، وراجع: د. سليمان محمد أحمد – ضمان المتلفات – ص ١٩٤ حيث يقول: والفقهاء يطلقون أحيانا كلمة الإتلاف على كل ما يؤدى إلى ذهاب المال وضياعه وخروجه عن يد صاحبه.

(2) بدائع الصنائع للكاساني – جـ٧ – ص ١٦٥، وراجع: د. محمد فوزي فيض الله – الضمان في الفقه الإسلامي – ص ٨٦، حيث يرى : أن الإتلاف يلحق به الإفساد، وهو في بعض المصطلحات إدخال نقص يسير على الأعيان، أو هو إتلاف جزئي، وقد يقع إتلافا كليا، والاستهلاك وهو إتلاف المال في منفعة الإنسان، كأكل الطعام وشرب اللبن، وإشعال النار للتدفئة وإحراق الوقود لانطلاق السيارة، والإهلاك وهو بمعنى الإتلاف، حيث يختلف عنه بأن الإتلاف إفساد الشئ بلا منفعة، والإهلاك قد يكون بمنفعة.

(3) د. فوزي فيض الله – المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون – السابق – ص ١١٨، د. سليمان محمد أحمد – المرجع نفسه –ص ١٩٤ وما بعدها.

(4) راجع: د. فوزي فيض الله – المرجع نفسه – ص ١١٨.

أنواع الضرر في العدول عن الخطبة :

٥٩- وإجماع الفقه والقضاء منعقد على تنوع الضرر - بصفة عامة - إلى نوعين ، ضرر مادي وضرر أدبي، والأول هو الذى ينطوي على مساس بمصلحة ذات قيمة مالية، وذلك كالاعتداء على حق شخص فى سلامة جسمه أو إصابته بجرح تترتب عليه خسارة مالية، كعدم قدرته على الكسب أو انعدامها، أو أن يتكبد نفقة فى العلاج، كما يعتبر التعدي على أي حق من الحقوق المالية، كحق الملكية ضررا، مثل أن يقوم شخص بإحراق منزل الآخر، أو أن يخرب أرضه أو يتلف زرعه، أو يدمر منقولات مملوكة له، كالأثاث والسيارات والأجهزة والأدوات فإن هذا كله يعتبر ضرراً مادياً، يصيب المضرور فى حق من حقوقه المالية[١].

وإذا كان الضرر المادى يتمثل فى الإخلال بمصلحة مالية للمضرور، فإنه يشترط فيه أن يكون الضرر محققاً ، والضرر المحقق هو الذى يكون قد وقع فعلاً، أو أن يكون وقوعه فى المستقبل على نحو مؤكد، ومثال الأول؛ أن يكون الضرر قد حصل بالفعل، بأن مات المصاب أو احترق المال، أو تلفت السيارة، وأما الضرر المؤكد وقوعه فى المستقبل فمثاله ما يصيب العامل من إصابة أثناء العمل، ولا يدرى مقدار الآثار التى ستنشأ عنها وما إذا كانت ستشكل عجزاً كلياً أو عجزاً جزئياً عن العمل، وفى هذه الحالة يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر

---

[١] د. السنهورى – السابق – ص ٨٥٦، د. عبد الرازق فرج – المصادر غير الإدارية للالتزام- ص ٢٦ – طبعة ١٩٩٥.

الذى وقع بالفعل على أن يكون للمضرور الحق فى أن يطالب خلال مـــدة معينة بإعادة النظر فى التقدير[١].

وإذا كان الضرر المستقبل محقق الوقوع - على نحو ما ســـلف - فإنه يختلف عن الضرر المحتمل، وهو الذى يمكن أن يقع أو لا يقع، فلـــو أن شخصاً أصاب منزلاً لآخر، وأدى إلى تشقق الجدران، فإن هذا الضـــرر يعتبر محققاً، لكن ما يؤدى إليه فى المستقبل من جهة أن ذلك سوف يــترتب عليه انهدام المنزل فى المستقبل، فذلك ضرر محتمل لا يستحق إلا إذا وقـــع بالفعل.

ومع أن الضرر المحتمل لا يعوض عنه كما سبق، إلا إذا تحقـــق، فإن الفرصة وإن كانت بدورها أمرا محتملا، إلا أن تفويت هـــذه الفرصـــة يعتبر أمرا محققا يترتب عليه ضرر حال، وليس ضـــررا محتمـــلا يجـــب التعويض عنه، ومثاله أن يتسبب شخص فى تعطيل طـــالب عـــن دخـــول الامتحان، أو تأخير طالب وظيفة عن دخول المسابقة التى عقدت لاختيـــار من يشغلونها، ومن هذا القبيل تفويـــت فرصـــة الـــزواج مســـتقبلا علـــى المخطوبة التى أساء إليها خطيبها بعد العدول عن خطبته لها، وقـــد جـــرى على ذلك الحكم ؛ القضاء المصري في التعويض عن تفويت الفرصـــة إذا كانت حقيقية وجدية[٢].

---

(١) وذلك وفقا لما تنص عليه المادة (١٧١) مدني مصري بقولها: "ويقدر القاضي مدى التعويض عن الضـــرر الذى لحق المضرور، طبقا لأحكام المادتين ٢٢١،٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيســـر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خـــلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير.

(٢) وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض: "القانون لا يمنع من أن يدخل فى عناصر التعويـــض مـــا كـــان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتمـــلا،=

وأما الضرر الأدبي: فإنه ذلك الضرر الذى لا يلحق ذمة الإنسان المالية، بل يلحق ذمته المعنوية إذا صح هذا التعبير، والضرر المعنوى على أنواع، فمنه ما يمس الكيان الاجتماعي للشخص كخدش الشرف، ومنه ما يمس حقاً ثابتاً لإنسان كاسمه أو خصوصياته، ومنه ما يمس الشعور والعواطف كالألم الذى ينتاب الشخص لوفاة أحد أحبائه، ومنه ما يصيب الجسم وإن لم يؤثر فى القدرة على العمل كتشويه الوجه أو تبريح الألم[1].

٦٠- وقد عرفه جانب آخر من الفقهاء: بأنه الألم النفسي الذى يشعر به المضرور من جراء إصابة مادية تلحق بجسده كالكسور والجروح، والتشويه الذى يصيبه منها ، بجانب ما يؤدى إليه مثل تلك الإصابات من أضرار مالية كنفقات العلاج والعجز عن الكسب، وقد يترتب الضرر الأدبى على الآثار المادية لهذا الاعتداء[2]، فالضرر الأدبى هو الذى لا يمس المال، ولا يمس مصلحة مالية، وهو فى الجملة عبارة عن الألم

=فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه"، نقض مدني في ١٩٧٧/٣/٢٢. مجموعة أحكام النقض ٣٨-١٣٣-٧٣٢. وفى هذا المعنى: نقض مدني في ١٩٥٣/١٢/١٠، المجموعة ٥-٣٦-٢٤١، وفى ١٩٥٣/١١/٢٣، المجموعة ٩-٨٨-٦٨٤، وفى ١٩٤٩/٢/٣، مجموعة عمر ٥-٣٧٨-٧٠٩.

[1] د. حلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – الكتاب الأول – ص ٤٠٥. مطبعة نوري بالقاهرة سنة ١٩٤٣م، د. أحمد حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام – ص ٤٤٠، والأستاذ حسين عكوش – المسئولية المدنية فى القانون المدنى الجديد – ص ١١٠، مكتبة القاهرة الحديثة، د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – فقرة ٤٦٨ – دار النهضة العربية، د. جمال الدين زكى – نظرية الالتزام – جـ١ – فقرة ٢١٥.

[2] د. جميل الشرقاوى – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ص ٤٨٤ – طبعة ١٩٨١م.

والحزن الذى يصيب الإنسان[1]، والتعويض عن الضرر الأدبى يتحقق فى الحالات التى يقع فيها اعتداء على حق من حقوق الشخص غير المالية أو الطبيعية، ويتحقق ذلك فى حالة المساس بحق الشخص فى اسمه أو شرفه أو كرامته، وكل ما يتعلق بالنواحي الأدبية ويتعلق بالكيان المعنوى للشخصية، كما يتحقق - كذلك - بالنسبة لكل اعتداء على حق من حقوق الأسرة، بل قد يتحقق الضرر الأدبى إذا وقع اعتداء على مصلحة أدبية للشخص وعلى الشعور الإنساني والعاطفة، كما فى حالة الضرر المصاحب للعدول عن الخطبة[2].

محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عن الضرر الأدبي :

٦١- ويبدو من خلال ما قرره فقهاء القانون الوضعى حول طبيعة الضرر الأدبى، أنه ضرر غير مالي، أي أن المصلحة المعتدى عليها لا تدخل تحت التعامل بالمال قصدا، وإن كان تقويمها بالمال فى حالة الفوات يمكن وروده، وذلك كنوع من الضمان الذى يستهدف جبر الضرر ومواساة المعتدى عليه[3]، وأن محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عن الضرر الواقع عليها يشمل اختلال الجانب النفسي في حياته من جراء الضرر الحاصل بالتشويه أو إتلاف معنى من معاني الحياة في الإنسان، وهذه المعاني في واقع الأمر تمثل قيما تعلو فوق قيمة المال، ولا تقدر به أصلا، وإن كان وروده كمقياس لقيمتها أمرا ممكنا، وفى النهاية فإن تقرير أحكام

(١) د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٤٧٣، د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – ص ٣٢٨ – دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣، د. جميل الشرقاوى – السابق.

(٢) د. عبد الودود يحي – السابق.

(٣) د. عبد الحى حجازى – نظرية الحق فى القانون المدني – ص ٤٥ وما بعدها.

المسئولية فى تلك الحالة يمثل مصلحة مقصودة بالحماية، لأنـــها تســـتهدف حماية تلك القيم فى الإنسان والمجتمـــع، حتـــى لا يســـتهين النـــاس بـــها ويتجاسروا على التعدي عليها.

ارتباط الضرر المادي بالضرر الأدبي:

٦٢- وإذا كان الفقه والقضاء قد درجا على استقلال الضرر المادى عن الضرر الأدبي بمفهوم خاص لكل منهما ، وبحسب اختلاف محل الحماية فيهما، فإن تلك التفرقة قد أوشكت على التلاشي وأخذت في الانحسار تدريجياً، حتى غدا وكأن كل حق يعتدي عليه يعتبر محلاً للضررين معاً، وهذا ما يدركه النظر فى مجمل الفروع المختلفة، فكل ضرر مالي وإن كان يمثل إخلالاً بمصلحة مالية، إلا أن تلك المصلحة وإن كانت مالية خالصة فإنها لا تسلم من ارتباط التعدي عليها بالضرر الأدبى الذى يمس المشاعر ، ويجعل الإنسان أسيراً للحزن الذى يتفاوت قوة وضعفاً وقلة وكثرة بحسب مدى ما ركب فى نفس كل إنسان من الحرص على المال والتعلق به والخوف عليه، وبعض الناس إذا فقد مبلغاً ضئيلاً من المال فإنه يحزن عليه حزناً يفوق حزنه على فقد أحد أقاربه، وقد يدفع أحد الأشخاص حياته فداء لماله، أو حزناً عليه، كمن يخسر فى صفقة أو يفلس في نشاطه التجاري ، فإنه ربما يحزن حزناً يصيبه بالاكتئاب حتى الموت، ومن ثم كانت الصلة وثيقة بين الضرر المالى والضرر الأدبى وقائمة .

وكذلك الأمر فى مجال الضرر الأدبى، إذ قل أن ينفصل أحدهما عن الآخر، بل إنهما يرتبطان ببعضهما ارتباطاً لا يقبل الفصل فى كثير من الحالات، لأن الضرر الأدبى قد يكون أداة وسبباً للضر المالى، فمن يشيع عن تاجر أنه غشاش، فإن ذلك سوف يؤدى إلى انصراف العملاء عنه، ومن ثم إفلاسه، ومن يشيع عن مدرسة خاصة للبنات أنها تحرض طالباتها على أعمال الفحش، فإن أولياء الأمور سينصرفون عنها، وسيؤدى ذلك إلى إغلاق أبوابها وتشريد العاملين فيها وقطع أرزاقهم، وهكذا يستبين

أن ارتباط الضررين ببعضهما هو الحاصل، بل هـــو الواقـــع فـــى كافـــة المصالح التى يقع التعدي عليها، وذلك ما يتعين أخذه فى الاعتبـــــار عنـــد تقدير التعويض.

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

٦٣- علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها ، أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذى ارتكبه المسئول، والضرر الذى أصاب المضرور، وبمعنى آخر أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ مباشرة، فالضرر الذى يجب على المسئول أن يعوضه هو الضرر المباشر، وهو الضرر الذى تقوم بينه وبين الفعل المضار علاقة السببية(١)، ومن ثم وجب على من يطالب بالتعويض على أساس المسئولية عن الضرر الأدبى أن يقدم الدليل على توافر رابطة السببية بين ما وقع له من ضرر ، وبين الخطأ الذى يعزوه إلى المسئول على أساس أنه ملتزم بإثبات جميع أركان الحق الذى يطالب به(٢)، فلا يكفى أن يخطئ المدين وأن يضار الدائن، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب فى الضرر، إذ أنه بغير رابطة السببية لا يتصور قيام المسئولية، فالسببية ركن جوهري فى كافة صور المسئولية تفرضه بداهة المنطق ومقتضيات العدالة(٣)، وعبء إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق الدائن، وذلك طبقاً للقاعدة العامة فى تحميل المدعى عبء إثبات ما يدعيه(٤)، بينما خالف فى ذلك بعض الفقهاء

---

(١) د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه – ص ٧٢ – فقرة ٣٦.

(٢) د. جميل الشرقاوى – المرجع نفسه – ص ٤٨٦، د. أنور سلطان – المرجع نفسه – ص ٣٣٥، حيث يقرر أن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ، ثم أضاف يقول: وهو يعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول.

(٣) د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه.

(٤) المرجع السابق نفسه.

وقرروا أن المشرع قد افترض قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يكلف الدائن بإثباتها، بل إن المدين هو الذى يكلف بنفيها إن ادعى أنها غير موجودة[1]، وقد استند أصحاب هذا الرأى إلى المادة (٢١٥) من التقنين المدنى، والتى تقضى بتكليف المدين بعبء إثبات السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ، وقالوا: بتعميم هذا الحكم، والصحيح الراجح أن المادة (٢١٥) مدني ن والتي استند إليها هذا الرأى، لا تشير أصلاً إلى علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر، بل هى قاصرة على ركن الخطأ وحده فهى إذ تكلف المدين بإثبات السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ، لا تفترض أن عدم التنفيذ قد تسبب فى الإضرار بالدائن بل تفترض أن عدم التنفيذ مرجعه فعل المدين، فهى تفترض الخطأ ولا تفترض وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر[2].

٦٤- فإذا انتفت علاقة السببية ، فإن المخطئ لا يلزم بالتعويض، وذلك وفقاً لما تقضى به المادة (١٦٥) مدني إذ تقول: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"، وعلى ذلك فإنه إذا كان المعتدى عليه هو المخطئ، أو كان الخطأ قد وقع من الغير، ما لم يكن المدعى عليه مسئولاً عن هذا الغير، فلو كان هذا الغير ولداً للمدعى عليه

---

[1] د. أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع نفسه – فقرة ٣٦٤، د. السنهورى – الوسيط – جـ١، فقرة ٤٥٥، وقارن نفس المرجع – فقرة ٦٢٩.

[2] د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه – ص ٧٣، د. عبد الحى حجازى – المرجع نفسه – ص ١٥١ وما بعدها، د. أنور سلطان – فقرة ٣٤٤.

أو تلميذاً أو تابعاً، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر فى قيام المسئولية على المدعى عليه نحو المضرور[1].

وإذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم فى التعويض[2].

ونخلص من ذلك إلى أنه إذا كانت علاقة السببية غايتها أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ مباشرة، فيكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدثه، وفى هذا تنص المادة (٢٢١) مدني مصري ، على أنه " ... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"، وعلى هذا فإنه يجب على المضرور أن يبذل جهداً معقولاً فى توقى الضرر، فإذا لم يفعل ذلك يكون قد أخطأ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك، وعلى المضرور أن يتحمل تبعة خطئه بتحمل الأضرار التى تنجم عن هذا الخطأ[3].

(١) الوسيط للسنهورى – جـ١ – ص ١٢٥٣، وحكم النقض المدني في ١٩٦٥/١١/١٦، المجموعة ١٦-١٦٨-١٠٨٢.

(٢) د. السنهورى – المرجع نفسه – ص ١٢٥٥.

(٣) المرجع نفسه – ص ١٢٧٥، والأحكام القضائية المشار إليها بالهامش.

الفصل الثالث

كيفية التعويض عن فسخ الخطبة

٦٥- إذا وقع العمل غير المشروع مستوفياً أركانه على نحو ما قرره الفقهاء، فإنه يترتب عليه حق للمعتدى عليه فى تعويض هذا الضرر، ولا يثير أمر التعويض من جهة وجوبه صعوبة ما، لكن الذى يحتاج إلى نوع من التفريد والبيان هو تقدير التعويض وبيان مقداره فى حالتي الضرر المادي والضرر الأدبي ، وذلك ما ينبغى بيانه فى فرعين:

المبحث الأول

تعويض الضرر المادي وأدلة مشروعيته

المطلب الأول

تعويض الضرر المادي

وبيان تعويض الضرر المادي ، يقتضي بيان طريقة التعويض ، وكيف يقدره القاضي ونبين ذلك:

أولاً : طريقة التعويض فى العدول :

٦٦- فيما يتعلق بطريقة التعويض عن الضرر فى العدول عن الخطبة، تكفلت المادة (١٧١) مدني مصري ، ببيان ذلك فنصت فى فقرتها الأولى على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً".

كما نصت فى فقرتها الثانية على أنه: "يقدر التعويض بالنقد، ويجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين، متصل بالعمل غير المشروع على سبيل التعويض"[١].

ويبدو من هذا النص ، أن الأصل فى التعويض أن يكون تعويضاً نقدياً، ذلك أن التعويض بمعناه الواسع ، إما أن يكون تعويضاً عينياً ، وهذا هو التنفيذ العيني ، وإما أن يكون تعويضاً بمقابل، والتعويض بمقابل ، إما أن يكون تعويضاً غير نقدي ، أو تعويضاً نقدياً.

(أ) التعويض العيني :

٦٧- وهو الذي يتخذ التعويض فيه شكل التنفيذ العيني ، أو الوفاء بالتعويض عيناً ، وهذا النوع من التعويض ، وإن كان كثير الوقوع فى مجال المسئولية العقدية[٢]، إلا أنه يمكن أن يقع فى مجال المسئولية التقصيرية ، فيجبر المدين فيها عليه، وذلك بناء على أنه قد أخل بالتزامه القانوني الذي يفرض عليه عدم الإضرار بالغير دون حق، وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل يمكن إزالته، وإعادة الحال فيه إلى ما كان عليه.

---

(١) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٩٥ وما بعدها.

(٢) د. السنهوري – الوسيط – جـ١ – ص ٩٦٦، د. مصطفى مرعى – المسئولية المدنية – فقرة ٣٣٣ وما بعدها، د. أحمد حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام – فقرة ٣٤٥، وما بعدها، د. سليمان مرقس – الفعل الضار – فقرة ٥٥ وما بعدها، د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – جـ٢ – ص ٥٠٦.

وفى مجال العدول عن الخطبة، فإن من عدل إذا كان قد استولى على مال من الطرف الآخر بسبب الخطبة، أو ما تولده من ضغط أدبي يجعل صاحبه فى حرج من رفض طلب الآخر، فإن التعويض العيني في تلك الحالة يتمثل فى رد الحال إلى ما كان عليه، وإرجاع ما استولى عليه الطرف الآخر، فلو كان المستولى عليه سيارة، أو أموالاً عينية، فإنه يجب ردها، ويجوز إجبار من أخذها على الرد بطريق التهديد المالى، وهو ما يفهم مما ورد بنص المادة (١٧١) سالفة الذكر، فقد جاء فيها: "على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه"، فالقاضي كما يفهم من هذا النص ، ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني، ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكناً، وطالب به الدائن، أو تقدم به المدين[١].

وقد يكون الخطأ متمثلاً فى إشاعة كاذبة اتخذت طريق النشر من المدعى عليه، وفى هذه الحالة فإنه إذا ثبت إسناد الخطأ عليه، فيمكن للقاضي بناء على طلب المضرور، أن يلزمه بنشر تكذيب لما قاله، أو اعتذاره عنه، أو تصويبه له، أو بيان ما قصده صراحة مما نشره إذا كان الأذى قد تم بطريق التعريض والإيماء، ويكون تعويض الضرر بذلك، نوعاً من التعويض العيني.

(٣) التعويض بمقابل نقدي أو غير نقدي :

(أ) التعويض بمقابل غير نقدي :

٦٨- وقد يحكم القاضي في التعويض بمقابل غير نقدي ، ذلك أنه فى الكثرة الغالبة من الأحوال، يتعذر التنفيذ العيني في المسئولية التقصيرية،

---

[١] د. عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الالتزامات – ص ٦٢٥.

فلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض، وليس من الضروري أن يكون التعويض نقداً وإن كان هذا هو الغالب، وعلى سبيل المثال؛ ففى دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه فى الصحف، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبى، الذى أصاب المدعى عليه، وهذا بعض ما قصدته المادة (١٧١) مدني مصري ، المشار إليها[١].

(ب) التعويض بمقابل نقدي :

٦٩– وأما التعويض بمقابل نقدي ، فإنه هو التعويض الذى يغلب الحكم به فى دعاوى المسئولية التقصيرية فإن كل ضرر يمكن تقويمه بالنقد، ففى جميع الأحوال التى يتعذر فيها التنفيذ العيني ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلى تعويض غير نقدي ، يحكم بتعويض نقدي ، وهذا ما خوله له النص أصلاً، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (١٧١) من التقنين المدني على أنه: "يقدر التعويض بالنقد".

والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة، ولكن ليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم بتعويض نقدي مقسط، أو بإيراد مرتب مدى الحياة، ويصح فى هذا الخصوص أن يحكم القاضي على المسئول بدفع مبلغ إلى شخص ثالث أو شركة تأمين مثلاً على أن تقوم الشركة بدفع الأقساط أو الإيراد، أو المرتب للمضرور[٢].

---

(١) د. السنهوري – الوسيط – جـ١ – ص ٩٦٧، د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق – ص ٦٢٤، د. عبد الحي حجازي – السابق – ص ٥٠٧، وكتابنا: الضرر الأدبي ومدى ضمانه فى الفقه الإسلامى والقانون – دار النهضة العربية – ١٩٩١م.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق – ص ٦٢٥.

ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب، وكان الدين المرتب فى ذمته يبقى مدداً قد تطول، فقد يرى القاضي أن يلزمه بتأمين، وهذا ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة (١٧١) مدني مصري ، وإذا لم يتيسر ذلك ، فلا مناص أمام القاضي من الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضرور دفعة واحدة[١].

ثانياً: كيفية تقدير التعويض فى الضرر المادي:

٧٠- أما فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض فى المسئولية التقصيرية ، فإن المادة (١٧٠) من التقنين المدني المصري ، قد نصت على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين (٢٢١ ، ٢٢٢) من التقنين المدني المصري ، مراعيا في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير[٢]"، ويبدو من خلال هذا النص أن التعويض إنما يكون عن الضرر المباشر بالشروط التى رأيناها عند الكلام فى ركن الضرر، والتى تتمثل فى أن يكون الضرر إخلالا بحق أو مصلحة مالية للمضرور، وأن يكون الضرر محققا، وحالتئذ فإن التعويض سيكون عما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وفقا لما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة (٢٢١) من التقنين المدني ، فلو أن شخصا أتلف مالا لغيره قيمته خمسمائة، وكان صاحب المال بصدد بيعه بربح قدره مائة، فإن التعويض يشمل الخمسمائة وهي مقدار الخسارة التى لحقته ، كما يشمل

---

(١) د. السنهوري – السابق – ص ٨٦٤.

(٢) راجع فى تاريخ هذا النص: مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٩٠ وما بعدها.

المالية التى تتمثل فى مقدار ما فاته من كسب، كما يشمل التعويض فى المسئولية التقصيرية، كل الضرر المباشر، متوقعاً كان أو غير متوقع، فلو أن شخصاً، ضرب آخر ضربة، ما كان يتوقع أن تحدث أكثر من مجرد الإيلام، ولكن الضربة أفضت إلى الموت، فإن الموت يجب التعويض عنه رغم أنه لم يكن متوقعاً، وهذا على خلاف الحكم فى المسئولية العقدية، حيث يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فحسب، وذلك فيما عدا حالتي الغش والخطأ الجسيم ، وفقاً لما تنص عليه المادة (٢٢١ فقرة ٢) من التقنين المدني[١].

٧١- وقد اختلفت الآراء فى تفسير هذه الزيادة فى التعويض التى يحملها المدين فى المسئولية العقدية بمناسبة الغش الذى اقترن به الفعل الضار، أو الخطأ الجسيم، فذهب رأى فى الفقه إلى أن الزيادة إنما هى جزاء الغش، إذ أن الغش من شأنه الإخلال بالتنفيذ بطريقة معينة[٢].

(١) د. عبد المنعم الصدة – نفس المرجع – ص ٦٢٦ وما بعدها، الوسيط للسنهوري – جـ ١ – ص ٩٧٠ – فقرة ٦٤٧، وقد قضت محكمة النقض فى حكم لها بتاريخ ١٩٧١/٢/٤ فى الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣٦ق – مجموعة أحكام النقض س ٢٢ – ص ١٧٢ ، حيث قالت: "نص المادة ٢٢١ من القانون المدني مفاده: أن يشتمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام".

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي – تقدير التعويض بين الخطأ والضرر – ص ٤٤٧ – مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر.

وذهب رأى آخر فى الفقه إلى أن المدين الذى يرتكب غشاً يبتعد عن دائرة التعاقد ويدخل فى نطاق المسئولية التقصيرية ، حيث لا يجوز الاتفاق على تحديد التعويض[1].

ويرى بعض الفقهاء أن إرادة الطرفين هي التي تحدد مدى المسئولية العقدية، وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر قاصرة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو الذى يمكن افتراضه على نحو معقول لأن المدين قد ارتضاه، ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقي لقصر التعويض على الضرر المتوقع ، وفى حالة الغش والخطأ الجسيم يبطل هذا الشرط الذى يعدل مقدار المسئولية ويلتزم المدين عندئذ بتعويض الضرر أياً كان ، متوقعا أو غير متوقع ، بينما يرى البعض أنه أشبه بنوع من العقوبة الخاصة أو يقوم على فكرة الوظيفة الرادعة التى يكتسبها التعويض بسبب جسامة الخطأ[2].

٧٢- والذي يترجح في نظرنا أنه أشبه بنوع من العقاب الذى يتواءم مع طبيعة الغش والخطأ الجسيم، حيث إنهما يمثلان خطأ زائدا على الخطأ العقدي ، فلزم أن يكون لهما ما يقابلهما فى حكم المسئولية، ومن ثم يترجح لدينا أن الزيادة أشبه بنوع من العقوبة الخاصة.

ووفقا لما تنص عليه المادة (٢٧٩) من التقنين المدني المصري فإن القاضي يراعى في تقديره للتعويض: "الظروف الملابسة"، وهذه

---

[1] د. سليمان مرقس – مصادر الالتزام – فقرة ٢٦٤ – طبعة ١٩٦٤م، د. حسين عامر – المسئولية المدنية – فقرة ٥٦٣ – طبعة ١٩٥٦م.

[2] راجع: د. إسماعيل غانم – أحكام الالتزام – ص ٦٧ – طبعة ١٩٦٧م، د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – ص ٢١٣ – طبعة ١٩٦٤م، د. إبراهيم دسوقي – السابق – ص ٤٤٨.

الظروف تشمل الظروف الشخصية لكل من المضرور والمسئول، كما تشمل جسامة الخطأ، ومن ثم وجب أن يراعى القاضي في تقدير التعويض الظروف الشخصية التى تتصل بالمضرور، ويكون لها شأن فى تحديد مدى الضرر سواء كانت هذه الظروف جسيمة أو صحية أو عائلية أو مالية، وذلك لأن التعويض يقدر بمقدار الضرر الذى لحق المضرور[1].

---

(1) د. عبد المنعم الصدة – السابق – ص ٦٢٧، د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٥٠٧ وما بعدها.

الظروف الشخصية للمسئول وأثرها فى تقدير التعويض:

٧٣- وقد اختلف فقهاء القانون حول مدى تـأثير الظـروف الشـخصية للمسئول فى تقدير التعويض ولا سيما الظروف المالية، فذهـب رأى فـى الفقه إلى أن هذه الظروف لها دخل فى تقدير التعويـض، ويجـب علـى القاضي مراعاتها، كأن يكون المسئول غنياً أو فقيراً، أو يكون مؤمناً مـن مسئوليته[١].

وأصحاب هذا الرأى يقررون أن مثل هذه الظروف ما كان ينبغـى الاعتداد بها فى هذا الخصوص، لأن التعويض يجـب أن يكـون بمقـدار الضرر، إلا أن النص قد جاء عاماً ومن ثم لا وجـه لأن يقتصـر علـى الظروف الخاصة بالمضرور، كما أن الاعتداد بظروف المسئول يتفق مـع ما كان القضاء يسير عليه من اعتداد بتلك الظـروف، ومـن المعلـوم أن القضاء كان يتأثر فى تقدير التعويض بالظروف الشخصية للمسـئول عـن الضرر[٢].

وذهب رأى آخر فى الفقه إلى أن الظروف الشخصية التى تحيـط بالمسئول لا تدخل فى الحساب عند تقدير التعويض[٣]، فإذا كان المسـئول

---

(١) د. عبد المنعم الصدة – نفس المرجع والمكان، د. سليمان مرقس – الفعل الضار – فقرة ٩٣، وراجع د. إبراهيم دسوقى – السابق – ص ٤٦٠.

(٢) فى هذا المعنى: د. عبد المنعم الصدة – المرجع والمكان السابقان.

(٣) من هذا الرأى: د. السنهورى – الوسيط – جـ١ – ص ٩٧٣، د. أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع السابق – فقرة ٤٤٨.

غنياً لم يكن هذا سبباً فى أن يدفع تعويضاً أكثر، وإن كان فقيراً لم يكن هـذا سبباً فى أن يدفع تعويضاً أقل[1].

وسواء كان المسئول لا يعول إلا نفسه، أو يعول أسرة كبيرة، فـهو يدفع التعويض بقدر ما أحدث من الضرر، دون مراعاة لظروفه الشخصية، إذ العبرة فى تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التى تحيط بظـروف الشخص المضرور وليست تلك التى تحيط بظروف المسئول[2]، كذلـك لا يزيد فى مقدار التعويض أن يكون المسئول قد أمن على مسئوليته بدعـوى

---

(1) ويستثنى من هذه الصورة الضرر إذا وقع من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، فيجوز إلزام غير المميز بتعويض عادل، وفقاً لنص المادة (٢/١٦٤) مدني مصرى، ومن المعروف أن الحالة المالية لكل من المضرور والمسئول ومقدار يسار كل منهما يكون محل اعتبار فى تقدير التعويض. راجع: السنهورى – السابق – ص.٩٧٣ – هامش (١).

(2) وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩/٤/١٩٥١م فى الطعن رقم ١٥٢ لسنة ١٩ق، بأنه: "متى كان الحكم الذي قضى بتعويض الطاعنة، قد أدمج ما فاتها من منفعة الأرض المؤجرة لها من المطعون عليه الثانى بسبب ما حصل لها من التعويض، ضمن عناصر التعويض المقضي به على المطعون عليها الأولى، التى ثبت حصول التعويض من تابعيها، فإنه لا يكون قد خالف القانون" ، مجموعة القواعد القانونية لربع قرن – رقم ١٦ – ص ٢٦٢.

وانظر حكم محكمة استئناف القاهرة – الدائرة ٦ مدني في ١٥/١٢/١٩٥٨م استئناف رقم ٧٠٨ لسنة ٧٤ق – مشار إليه فى موسوعة القضاء – عبد المعين لطفي جمعة – جـ٢ – ص ١٧٣ – عالم الكتب، وحكم محكمة النقض بتاريخ ١٤/٧/١٩٦٧م طعن مدني ٢١ لسنة ٣٢ق، المحاماة – السنة ٤٨ – العدد ١٠ – قاعدة ٥٣٦ – ص ٨٩، راجع حكم محكمة النقض المدني في ٣/١٢/١٩٤٩م – مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ – ص ٧٠٩، وحكم النقض المدني فى ٤/٥/١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٠ – ص ٣٥٦، وقد جاء فى هذا الحكم أنه: "إذا كان الثابت فى الحكم المطعون به أن الضرر الذى يشكو من طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للري ، كان مؤقتاً ثم زال سببه، وأن المدعي سيفيد من المشروع المذكور فى المستقبل فائدة عظمى تعوض عليه الضرر حتماً فى زمن وجيز، ثم تبقى له على مر الزمن، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك، قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض، فإنها لا تكون قد أخطأت.

أن شركة التأمين هى التى ستدفع التعويض، ولا يدخل فى الحساب، ما قد يفيد المسئول من كسب بسبب الضرر الذى أحدثه، فاللص الذى يستعين بالمسروق فى مواجهة أزمة مالية حلت به فينتفع انتفاعاً كبيراً لا يكون مسئولاً إلا بمقدار ما سرق لا بمقدار ما أفاد.

٧٤- والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذى صدر من المسئول عند تقدير التعويض، فإذا تحققت المسئولية، قدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ، ومهما كان الخطأ يسيراً، فإن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر الذى أحدثه هذا الخطأ اليسير، ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر[١]؛ لأننا بصدد تعويض مدني يراعى فيه مقدار الضرر ولسنا بصدد عقوبة جنائية يعول فيها على جسامة الخطأ، إلا أن القضاء من الناحية العملية، وبحكم المشاعر الطبيعية فى الإنسان يدخل فى حسابه درجة جسامة الخطأ، ومن ثم جاء نص المشروع التمهيدي للمادة (٢٣٧) مدني مصري صريحا في هذا المعنى، حيث ذكر أن القاضي يقدر التعويض مراعيا فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ ثم استبدلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بهذه العبارة عبارة: "مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة"، لأن جسامة الخطأ تدخل فى عموم لفظ الظروف[٢]، ويرى الأستاذ الدكتور السنهورى: أن جسامة الخطأ ليس لها دخل في تقدير التعويض وإن كان لها دخل فى تقدير الضرر ، ولا يجوز أن يحتج بأن

---

(١) السنهورى – الوسيط – ص ٩٧٣، د. الصدة – السابق – ص ٦٢٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية – حـ٢ – ص ٣٩٠، د. عبد المنعم الصدة – السابق – ص ٦٢٨. د. أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع والمكان السابقان.

نص المادة (١٧٠) مدني ، تعول على الظروف الملابسة، ولا تعول على جسامة الخطأ التى حذفت من المادة (٢٣٧) من المشروع التمهيدي، إذ من الملاحظ أن لجنة القانون المدني حين حذفت عبارة: جسامة الخطأ، واستبدلت لها عبارة: الظروف الملابسة، لم تشأ أن تغفل دور جسامة الخطأ، بل ولم ترد أن تستبعدها من أن تكون عاملاً فى تقدير التعويض، لأنها وكما أفصحت عن ذلك تدخل فى عموم الظروف الملابسة، ومن ثم فإنها تكون عاملاً فى تقدير التعويض[1].

الوقت الذي يقدر فيه الضرر:

٧٥- من المعروف أن التعويض يكون بمقدار الضرر، ولكن ما هو الوقت الذى يقدر فيه الضرر ؟ ، هل هو وقت وقوع الضرر، لأن مصدره هو العمل غير المشروع فيتحدد به ؟ ، أو أن وقت تقديره يوم صدور الحكم به؟، الواقع أن هذه المسألة لا يثور بحثها إذا كان الضرر الذى أصاب المضرور قد ظل فى مداه على ما هو عليه من يوم أن وقع إلى يوم صدور الحكم، وإنما يثور الحكم إذا كان الضرر قد تغير يوم صدور الحكم عما كان عليه قبل ذلك، وقد أثارت هذه المسألة اختلافاً فى الرأى بين الفقهاء، فذهب بعضهم إلى أن الحق فى التعويض يوجد من وقت صدور الحكم فى دعوى المسئولية بحيث يكون الحكم منشئاً له، استناداً إلى أن الوقت الذى يقدر فيه الضرر هو وقت صدور الحكم، ومنهم من ذهب إلى

---

(١) د. السنهورى – الوسيط – جـ١ – ص ٩٧٤ – هامش (١)، ومجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٩٣ وما بعدها.

أن العبرة فى وقت تقدير الضرر بيوم وقوعه استناداً إلى أن الحق فى التعويض يوجد من هذا الوقت(١).

والرأي الراجح في الفقه ، أن وقت نشوء الحق فى التعويض هو الوقت الذى نشأ فيه الضرر، أما الوقت الذى ينظر إليه عند تقدير الضرر، فهو يوم صدور الحكم، وذلك لأن النتائج التى تترتب على عمل ضار ليس من المفروض فيها أن تظل ثابتة لا تتغير فقد تشتد أو تختلف تبعاً لظروف مختلفة، ومن ثم فهى لا يمكن أن تتحدد إلا حين اللجوء إلى القاضي كي يقوم بهذا التقدير(٢).

ويترتب على ذلك أن دين التعويض الذى يحكم به فى دعوى المسئولية لا يسقط بالتقادم إلا بانقضاء المدة المقررة من يوم صدور الحكم، وإذا اشتد الضرر فصار أسوأ مما كان، كما لو بدت إصابة المضرور طفيفة، ثم تطورت إلى عاهة مستديمة، فإن القاضي يراعى عند تقدير التعويض، ما وصلت إليه حالة المضرور بوجود هذه العاهة يوم صدور

---

(١) د. عبد المنعم الصدة – ص ٦٢٨ وما بعدها، د. أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع السابق نفسه – فقرة ٤٨٨.

(٢) د. عبد المنعم الصدة – ص ٦٢٩، وقد قضت محكمة النقض بأنه: "كلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه عند حكمه، مراعيا التغيير فى الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسئول أو نقص كائنا ما كان سببه ومراعيا كذلك التغيير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه، وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها، ذلك أن الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أيا كان سببه غير منقطع الصلة به"، راجع: نقض مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧، مجموعة عمر د – رقم ١٨٥ – ص ٣٩٨. وراجع: د. عبد الحي حجازي – السابق – ص ٥١٢ وما بعدها.

الحكم، وإذا صار الضرر أخف مما كان كما لو بدت الإصابة خطيرة فـــي أول الأمر، ثم تحسنت بعد ذلك، فإن القاضي يراعى في تقديـــر التعويـــض هذا التحسن فى ضوء حالة المضرور يوم صدور الحكم[1].

---

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة – المرجع نفسه – ٦٣٠، والوسيط للسنهورى – ص ٩٧٥ وما بعدها.

المطلب الثاني

أدلة مشروعية التعويض عن الضرر المادي

٧٦- والتعويض عن الضرر ثابت ومشروع ، وقد قامت الأدلة على مشروعيته من كتاب الله تعالى وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - ، والإجماع .

أولاً : من الكتاب :

بقوله تعالى : " ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم" [١] أي كفيل وضامن ، وقد دلت الآية الكريمة ، على أن يوسف - عليه السلام قد ضمن لمن جاء بصواع الملك ، وهو الإناء الذي كان يشرب به ، قدر ما يحمله بعير من الطعام ، فهذا نوع من الالتزام الذي تشغل به الذمة ، فيكون ضماناً ، وإذا كان كذلك ، كان التعويض مشروعاً ، فإن قيل : إن هذا كان في شرع من قبلنا ، ولا يلزم من وروده فيه أن يكون لازماً لنا ، فالجواب : أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد دليل ناسخ له ، ولم يرد- على ما تفيده تلك الآية - ناسخ ، بل ورد في نصوص التشريع ما يؤيد معناها ، وهي الأحاديث التي تدل على مشروعية الضمان من سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - ، والتي سنعرض لها .

ثانياً : من السنة :

(١) فبما رواه أنس - رضي الله عنه - ، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم لها

---

(١) سورة يوسف - آية ٧٢ .

بقصعة فيها طعام ، فضربت بيدها فكسرت القصعة ، فضمها وجعل فيها الطعام وقال: كلوا، ودفع القصعة الصحيحة للرسول - صلى الله عليه وسلم - ، وحبس المكسورة ، رواه البخاري والترمذي ، وسمي الضاربة عائشة ، وزاد فقال - النبي صلى الله عليه وسلم - " طعام بطعام وإناء بإناء " [١]، وصححه ، يقول الصنعاني : وقد اتفقت هذه القصة مع عائشة في صحفة أم سلمة ، فيما أخرجه النسائي عن أم سلمة أنه أتت بطعام في صحفة إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فجاءت عائشة متزرة بكساء ، ومعها فهر [٢] ففلقت به الصحفة ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: طعام بطعام وإناء بإناء ، وقد وقع مثلها لحفصة ، وأن عائشة كسرت الإناء ، ووقع مثلها مع عائشة [٣].

ووجه الدلالة في الحديث :

أن قول النبي صلى الله عليه وسلم ، قد دل على أن من استهلك على غيره شيئا كان مضمونا بمثله ، يقول الصنعاني : وذلك متفق عليه في المثلي من الحبوب وغيرها ، وأما القيمي ففيه قولان :

أولهما : للشافعي والكوفيين : وحاصله أنه يجب فيه المثل حيوانا كان أو غيره ، وما عدا ذلك من العروض والحيوانات فالقيمة ، وقال بعض الفقهاء القيمي يضمن بقيمته .

ثانيهما : للمالكية والحنفية : وعندهم أن ما يكال و يوزن فبمثله ، وما عدا ذلك من العروض والحيوانات فالقيمة ، وقد استدل الشافعي ومن معه

---

(١) رواه الجماعة بمعناه إلا مسلما ، راجع : نيل الأوطار للشوكاني - جـ ٥ ص ٣٦٢ وما بعدها - طبعة الحلبي .

(٢) الفهر : (بكسر الفاء وسكون الهاء) هو الحجر الناعم الذي تدق به الأشياء لتطحن .

(٣) سبل السلام للصنعاني - جـ ٣ - ص ٨٩ - مطبوعات جامعة الإمام بن سعود الإسلامية .

بالحديث المذكور وبما وقع في رواية ابن أبي حاتم : " من كسر شيئا فهو له وعليه مثله "[1] ، وقد زاد في رواية الدار قطني ، فصارت قضية (أي قاعدة) من النبي - صلى الله عليه وسلم - ، أي حكما عاما لكل من وقع له مثله ، فاندفع قول من قال : إنها قضية عين لا عموم فيها ، ولو كانت كذلك لكان قوله - صلى الله عليه وسلم - طعام بطعام وإناء بإناء ، كافيا في الدليل [2] ، على أن ما ذكره للطعام واضح في التشريع العام ، لأنه لا غرامة هنا للطعام لأنه هدية ، بل الغرامة للإناء ، وأن عدم المثل المضمون له مخير بين أن يمهله حتى يجبر المثل ، وبين أن يأخذ القيمة ، على أن التقويم لغة : يشمل التقدير بالمثل أو بالقيمة ، وإنما خص اصطلاحا بالقيمة ، وكلام الشارع يفسر باللغة لا بالاصطلاح الحادث [3].

أقول : وسواء كان الواجب هو المثل أو القيمة ، فإن الفقهاء متفقون على أن من أتلف شيئاً فعليه ضمانه سواء كان الإتلاف بالمباشرة أم بالتسبيب ، وهذا كاف في الدلالة على مشروعية الضمان .

(٢) وبما روي سمرة بن جندب أنه - صلى الله عليه وسلم - قال : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " [4] ، والمتعلق بالمحذوف عند أهل العلم خاص حيث قدروه بأنه : ضمان ما أخذت ، أي على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه .

---

(١) المرجع السابق – ص ٩٠ .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) المرجع نفسه .

(٤) راوه أحمد والأربعة وصححه الحاكم – سبل السلام – جـ ٣ – ص ٨١ .

وجه الدلالة في هذا الحديث على المطلوب :

يقول الصنعاني : إن الحديث يدل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه ، أو من يقوم مقامه ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - : حتى تؤديه ، ولا تتحقق التأدية إلا بذلك ، وحديث الباب كثيراً ما يستدلون منه على التضمين ، مع أنه لا يقتصر عليه فقط ، فإن اليد الأمينة أيضاً عليها ما أخذت حتى تؤدي [1] .

أقول : وشمول دلالة الحديث على وجوب الأداء في حالة يد الأمانة ، يدل على مشروعية الضمان قطعا ، وهو محل الاستدلال .

(٣) وبما روي عن عائشة - رضي الله عنها - ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " الخراج بالضمان " [2] . حيث دل هذا الحديث على أن من يستأثر بمنافع الشيئ عليه ضمان يقابل ذلك الاستئثار لأنه بذلك قد فوت تلك المنافع على مالكه أو صاحبه ، يستوي في ذلك أن يكون قد تم بطريق مشروع أو غير مشروع ، والحديث يعتبر أصلا يدل على أن من فوت مصلحة على صاحبه يكون عليه ضمانها [3] ، ودلالته على ذلك دلالة على مشروعية جواز الضمان [4] ، وهو المطلوب .

---

(١) المرجع السابق - ص ٨٢ .

(٢) رواه الخمسة ، وأبو داود وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن حبان والحاكم ، راجع : سبل السلام للصنعاني جـ ٢ - ص ٤ ، ٥ .

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية - ص ٥٦ وما بعدها ، والأشباه والنظائر للسيوطي - ص ١٣٥ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٥ .

(٤) وقد ذكر صاحب سبل السلام - جـ٢ - ص ٥٠٥ ، أن الحديث أخرجه الشافعي وأصحاب السنن بطوله ، وهو أن رجلا اشترى غلاما في زمن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وكان عنده ما شاء الله ثم رده من عيب وجده ، فقضي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - برده بالعيب ، فقال المقضي عليه : قد استعمله ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : الخراج بالضمان .

(٤) وبما رواه أبو إمامة الباهلي أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : "الدين مقضي والزعيم غارم" ، وهذا الحديث أخرجه الترمذي وقال : هذا الحديث حسن ولفظه من حديث أبي إمامة الباهلي [١] :

والحديث فيه دلالة واضحة على أن من يلتزم بأداء دين من خلال قيام سببه فإنه يكون من الغارمين لما التزم ، لأنه ضامن له ومسئول عنه لهذا السبب، وهو إن كان يفيد الضمان عن الالتزامات الناشئة عن سبب إرادي كالقرض والكفالة ، إلا أن قياس الضمان في الالتزامات غير الإرادية يدخل فيه ، لأن فيها معنى الضمان المذكور ، ويكون في الحديث دلالة على مشروعية الضمان .

ثالثاً : من الإجماع :

يقول ابن عابدين : أجمع أهل العلم والفقه على أن الدماء مصونة والأموال مصونة في الشرع وأن الأصل فيهما الحظر ، وأنه لا يحل دم المسلم ولا يحل ماله إلا بحق فإذا كان بغير حق فإن من استحله ضامن له [٢] ، وفي هذا الإجماع دلالة على مشروعية الضمان في الجملة.

(١) تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي - جـ ٦ - ص ٣١١ وما بعدها - طبعة الفجالة الجديدة .

(٢) حاشية ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار - جـ ٣ - ص ٢٥٧ - الطبعة الأولى ببولاق سنة ١٢٧٢هـ .

المبحث الثاني

التعويض عن الضرر الأدبي وأدلة مشروعيته

المطلب الأول

التعويض عن الضرر الأدبي

٧٧- يقتضي الكلام عن تعويض الضرر الأدبى بيان موقف القانون المعاصر من هذا التعويض ، لأن ذلك البيان يمثل أهمية خاصة، بعد ذلك التحول التشريعي الذي أصبح ينظر إلى هذا التعويض بنفس النظرة التى ينظر بها إلى الضرر المادي ، وبالمخالفة لما كان الفقه والقضاء قد استقرا عليه سلفاً ، من النظر بحرج إلى تقدير ذلك التعويض والحكم به، وذلك لنأى القيم الأدبية عن التقييم بالمال، وصعوبة هذا التقييم عند تقديره، ولكن تلك النظرة قد اختلفت وتغيرت ظروفها ، وأصبح للتشريع موقف محدد حيال هذا النوع من التعويض، كما أصبح للقضاء فيها مواقف وسوابق، تجعل الحكم به أمرا عاديا، ونود أن نبين ذلك.

أولا: موقف التشريعات المعاصرة من تعويض الضرر الأدبي:

٧٨- كان وجوب التعويض عن الضرر الأدبى محل جدل كبير فى الفقه والقضاء فى كل من فرنسا ومصر، حيث كان كثير من الشراح يرون أنه لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبى، وكانوا يؤسسون رأيهم على عدة اعتبارات منها :

أولاً: أن المقصود بالتعويض يتمثل فى جبر النقص الـذى حصـل فى ثروة مالية بدلا من ذلك الذى نقص منها، والضرر الأدبى ليس كذلـك، حيث لم يحصل فيه مساس بثروة الشخص ولا بمصالحه المالية.

ثانياً: كما أن القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبى لا يتـواءم مع ما تقضى به مبادئ الأخلاق، إذ كيف يستساغ أخذ مبلغ مـن النقـود عن ضرر يصيب الشرف أو العاطفة أو الحنان، انه لمما يؤذى الحيـاء أن يطالب الشخص بمبلغ من المال تعويضا عن فقده لولده أو أمه أو أخيـه[1]، وإنه لمما ينافى المثل العليا الأخلاقية أن ينزل الشخص شـرفه واعتبـاره وعواطفه منزلة الأموال المادية، فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتـداء الغير عليها[2].

ثالثاً: ثم إن تقويم الضرر الأدبى لا يمكن أن يكون إلا تحكمياً إذ مـن المستحيل أن نقدره بالمال، وعندئذ يكون الخلاف كبيراً بين المحاكم فـى تقويمها لذلك الضرر[3]، كما أن تقدير الضرر الأدبـى سـوف يختلـف باختلاف الأشخاص أيضاً مع اختلاف المحاكم فى تقديره، ومن ثـم فـإن تقديره سيكون تحكمياً لا يمكن أن يحقق العدالة[4].

---

(1) د. عبد الحى حجازى – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ص ٤٧٤، د. سليمان مرقـس – السابق – ص ١٥٥ وما بعدها، د. السنهورى – الوسيط – جـ١ – ص ٨٦٦.

(2) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٥٦.

(3) د. عبد الحى حجازى – المرجع والمكان السابقان.

(4) د. سليمان مرقس – المرجع والمكان السابقان، والوسيط للسنهورى – المكان السـابق ، د. مصطفـى مرعى – المسئولية المدنية – ص ١١٩، والأستاذ حسين عامر – المسئولية المدنية – فقرة ٣٣٩، د. محمد إبراهيم دسوقى – تقدير التعويض بين الخطأ والضرر – ص ٤٦٥.

٧٩- وقد كان جانب من الفقه يميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه، وضرر أدبي لا يجوز فيه التعويض، وأصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في وضع حد لهذا التمييز، فمنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبى الذى يجر إلى ضرر مادى، ولا يعوض إلا هذا الضرر المادي وحده[١]، فهؤلاء - إذن - لا يجيزون تعويض الضرر الأدبى فى ذاته، كما أن منهم من كان يقصر التعويض على الضرر الأدبى الذى يترتب على جريمة جنائية[٢].

وبالنظر فى أساس هذا التمييز نجد أنه لا يقوم على سبب معقول أو معيار مستساغ ، كما أن منهم من يجيز التعويض فى الضرر الأدبى الذى يصيب الشرف والاعتبار لأنه يجر فى العادة إلى ضرر مالى، ولا يجيزه فى الضرر الأدبى الذى يصيب العاطفة والشعور، لأنه يتمخض ضرراً أدبياً خالصاً لا يمتزج به ضرر مادي[٣].

كم كانت أحكام القضاء تجرى على منوال ما يراه الفقه آنئذ من عدم صلاحية الضرر الأدبى للتعويض، ومن هذا القبيل ما قضت به بعض المحاكم المصرية من أن الضرر الأدبى لا يكفى لإجابة طلب المدعى بالتعويض ما دام المدعى لم يصبه أى ضرر مادي ، أو تأسيساً على أن الشرف لا يقوّم بالمال[٤]، وكذلك الحزن والألم[٥]، وأن التعويض لا يستحق

---

(١) د. السنهورى - الوسيط - جـ١ - ص ٨٦٦.

(2) Aubry Reu: Droit civil Francais, Tome.6, No. 445, PP. 345:348 ed. 1951, Paris.

(٣) د. السنهورى - الوسيط - المكان السابق.

(٤) راجع: حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٢٨/١/٣ - مجلة المحاماة ٨-٧٦٤-٤٦٥، واستئناف مصر فى ١٩٢٧/٢/٢٥، المحاماة ٧-٨٧٣-٤٩٨، ١٩٢٨/٢/٧، المحاماة ٨-٨٦٦-٥٢١.

(٥) استئناف مختلط فى ١٩٢٦/١/٢٨م، مجلة التشريع والقضاء المختلط - السنة ٣٨ - ص ٢١٠.

إلا عن ضرر اختل به نظام حياة المضرور بسبب موت من ينفق عليه[1]، ومن أنه لا محل للحكم بتعويض مالي عن الضرر الأدبي لعدم سهولة تقويم هذا الضرر ، لأنه لا يصح أن يكون أساساً للاتجار المالى[2].

إجماع الفقه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي:

٨٠- غير أن الفقه قد اعتراه تغيير يشبه الإجماع على خلاف ما ذهب إليه رأى الفقه السالف، وأصبح الأمر مستقراً على جواز التعويض عن الضرر الأدبى، وإذا كان الفقه - سلفاً - قد بنى رأيه على اعتبارات وجد من خلالها أن جواز التعويض لا مبرر له، فإنه اليوم قد وجد من المبررات ما يجعله يعدل عن رأيه السابق، حيث استبان مما كان يقال بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض لم يسلم من النظر ، إذ ليس المقصود بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود، وإلا فإن آثار الضرر الأدبى لا تمحى ولا تزول بتعويض مادي[3]، ولكن يقصد به أن يستحدث المضرور لنفسه

---

[1] استئناف مختلط فى ١٩٢٨/١/٣ - مجلة المحاماة ٨-٧٦٤-٤٦٥.

[2] حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٣١/١١/٢٦، المحاماة ١٢-٦٣١-٣١٥ - وقد قضت محكمة المنصورة الابتدائية الوطنية فى ١٩٣٧/١١/٢٢ بأنه: " إذا كان يجوز للحكومة المطالبة بتعويض الضرر المادي، فإن هيبتها أسمى من أن تطالب بالتعويض المدني وكرامتها فوق الاعتبارات المالية، لأن شرف الدولة واعتبارها هو بعض المصلحة العامة التى تحميها الدعوى العمومية، وأن مواد قانون العقوبات التى وضعها الشارع لحماية الموظفين والهيئة النظامية كفيلة بإبراز سطوة الحكومة وصيانة هيبتها" ، مشار إليه فى سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٦ وما بعدها - هامش (٢)، وراجع: حكم محكمة استئناف أسيوط فى ١٩٣١/١٢/١٢، المحاماة ١٢٠ - رقم ٣٨٢.

[3] د. السنهورى - الوسيط - جـ١ - ص ٨٦٧، د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص ٥٩١، د. أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - الكتاب الأول - ص ٤٤٠ وما بعدها، هامش (٢) - طبعة ١٩٥٤م، د. جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام - ص ٤٨٥.

بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبى[1]، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلـــى جانبها كسب يعوض عنها، وعلى هذا الأساس يمكـــن تعويـــض الضـــرر الأدبى[2]، فقد يكون صحيحاً من الناحية النظريـــة أن يقـــال : إن الضـــرر الأدبي لا يمكن إصلاحه بالنقود ، ولكن يمكن كذلك أن يقال: إن النقـــود إذا لم تستطع إصلاح كل الضرر فإنها على الأقل تساعد على التخفيف منـــه[3]، أو هو على الأقل يشكل بديلاً لإرضاء المجني عليه أو المضـــرور، هـــذا فضلاً عن أنه ينبغى أن يراعى أنه ليس من العدالة ألا يجازى المخطـــئ، فالتعويض فى هذه الحالة يعتبر نوعاً من العقوبة التى يحكم بـــها لصـــالح المضرور[4].

وبناء على ذلك، فإن من أصيب فى شـــرفه واعتبـــاره يجـــوز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين النـــاس، وأن مجـــرد الحكـــم علـــى المسئول بتعويض ولو ضئيل، كفيل برد اعتبـــار المضـــرور[5]، وأن مـــن أصيب فى عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالي فتح لـــه المـــال أبواب المواساة التي تكفكف من شجنه، والألم الذى يصيب الجسم، يســـكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه[6]، وأمـــا تقديـــر مبلـــغ

---

(1) د. أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع والمكان السابقان.

(2) المرجع والمكان السابقان، د. عبد الحي حجازي – السابق – ص ٤٧٤.

(3) د. عبد الحي حجازي – المرجع والمكان السابقان.

(4) د. توفيق فرج – مصادر الالتزام – ص ٢٥٣ – طبعة ١٩٧٨م.

(5) د. السنهورى – الوسيط – جـ١ – ص ٨٦٧، والأحكام القضائية المشار إليها فيه، د. حشمت أبـــو ستيت – نفس المكان السابق، د. عبد المنعم الصدة – المرجع والمكان السابقان، د. جميل الشـــرقاوى – المرجع والمكان السابقان.

(6) الوسيط للسنهورى – نفس المكان السابق.

التعويض فإنه ليس بأشد مشقة من تقدير التعويض فى بعض أنواع الضرر المادي، وما على القاضي إلا أن يقدر مبلغا يكفى عوضا عن الضرر الأدبى دون غلو فى التقدير ولا إسراف[1]، أما عن إمكان حصول تحكم من جانب المحاكم فى تقدير التعويض عن الضرر الأدبى، فثمة أمور كثيرة، يكون مرجع الأمر فيها إلى مجرد تقدير القاضي، دون أن يمنع ذلك من الالتجاء إليه فى مثل هذه الأمور[2].

٨١- وقد انقضى هذا الخلاف من زمن، وأصبح الإجماع منعقدا فى الفقه وفى القضاء على أن الضرر الأدبى يستوجب التعويض كالضرر المادي [3]، وقررت محكمة النقض المصرية: أن الضرر الأدبى يصح أن يعوض عنه تعويضا ماديا لأن التعويض المادي - مهما قيل عن تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبى - يساعد ولو بقدر على تخفيف ألم المضرور[4]، وقد حكمت سائر المحاكم مرارا بالتعويض عن المساس بالشرف وبالتعويض عن الألم النفسي الناشئ عن فقد عزيز[5]، غير أنها فى هذا النوع الأخير من الضرر الأدبى، قصرت التعويض على الأشخاص الذين تربطهم بالفقيد صلة زوجية أو صلة نسب شرعي وثيقة كالزوج والأب والأم والأولاد والأخوة ورفضت تعويض الصديق والخليلة، بل جعلت التعويض مقصورا فى حالة تعدد الأقارب الشرعيين على أقربهم درجة

---

(١) الوسيط – نفس المكان، وراجع:

(٢) د. عبد الحي حجازى – المرجع السابق – ص ٤٧٥.

(٣) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٥٧.

(٤) حكم محكمة النقض فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢م، مشار إليه فى سليمان مرقس – السابق – ص ١٥٧ – هامش (٧٦).

(٥) نقض جنائى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ – مجلة المحاماة ٣٢-١٣٥٤-٤٢٤.

إلى الفقيد كالأب والأم والأولاد[1] ، بل إن جـــل قضايـــا التعويـــض الآن مرفوعة بسبب ضرر أدبي .

ويستفاد من قضاء المحاكم فى هذا الشأن أنها كانت تعتـــبر الأمـــر فى صلة طالب التعويض بعزيزه الذى أفقده إياه الفعل الضار، وفى كفايتـــها أو عدم كفايتها لإقامة وزن الألم الذى أصابه من فقد عزيزه ، أمراً متعلقـــاً بالواقع، ومتروكاً تقديره للمحكمة بحسب ظـــروف كـــل حـــال، علـــى أن المحاكم مع تسليمها بالتعويض عن الضرر الأدبى، جرت فى الغالب علـــى التقتير، فى تقدير التعويض المالى عنه رغبة منها فى قصر هذا التعويـــض فى حدود معقولـــة ، حتـــى لا يكـــون الضـــرر الأدبـــى مصـــدر إثـــراء للمضرور[2].

الضرر الأدبي في التقنينات العربية الجديدة:

٨٢- وقد جاءت نصوص التقنينات العربية الجديدة ترجمة لـــهذا الاتجـــاه الفقهي وتأكيداً له، فنصت على وجوب تعويض الضـــرر الأدبـــى، وكـــان أسبقها فى هذا الصدد التقنين التونسى، ثم التقنين المغربي حيث جعلا فـــى المادتين (٨٢ ، ٨٣ / ٧٧ ، ٧٨) الضرر الأدبي على قدم المســـاواة مـــع الضرر المادي في وجوب التعويض، ثم تلاهما التقنين اللبناني، حيث نـــص في المادة (١٣٤) فقرة ثانية ، على أن الضرر الأدبى يعتد به كمـــا يعتـــد بالضرر المادي، ثم أضاف إلى ذلك فى الفقرة الثالثة ، أن القاضي يمكنـــه

---

(١) د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ١٥٨.

(٢) المرجع والمكان السابقان، والوسيط للسنهورى – جـــ١ – ص ٨٦٨ والأحكام المشار إليها فيه.

أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك ما يبررها من صلة القربى الشرعية أو صلة الرحم[1].

وقد رأى المشرع المصرى عند تنقيح القانون المدني أن يقنن أحكام المحاكم المصرية فى هذا الشأن بعد تحديد قضائها وإيضاحه، فنص فى صدر الفقرة الأولى من المادة (٢٢٢) على أن: "يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ..." ، فقرر بذلك المبدأ الذى استقرت عليه المحاكم من قبل، بل وضع الضرر الأدبى من حيث إيجاب التعويض على قدم المساواة مع الضرر المادي، وذلك سواء فى المسئولية التقصيرية، أم فى المسئولية العقدية ، لأن هذا النص ورد فى باب آثار الالتزام بوجه عام[2].

---

(1) د. سليمان مرقس – المسئولية المدنية فى تقنينات الدول العربية – القسم الأول – ص ١٤٧ – طبعة ١٩٧١م.

(2) المرجع والمكان السابقان، وراجع : الوسيط للسنهورى – جـ١ – ص ٦٨٢ حيث يقول: وقد ناقش الفقهاء فى فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام وعن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية بوجه خاص، وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية التقصيرية خصوم يعتد بهم، فإن بعضا من الفقهاء لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية، حيث كانت تقاليد القانون الفرنسي القديم لا تجيز هذا التعويض وذلك بالمخالفة لرأى الكثرة من الفقهاء الفرنسيين الذين يرون جوازه، وفى القانون المدني المصري، فإن نص المادة (٢٢٢) مدني، صريح في جواز التعويض عن المسئولية العقدية والتقصيرية.

ومن أحكام المحاكم فى هذا الصدد ما يقضى بالتعويض عن الإخلال بتنفيذ العقد الخاص بصورة عائلية، حكم محكمة باريس فى ١٨٩٧/١٢/٢: Dalloz, 1989-2-465 وعن ذكر صاحب المسرح اسم ممثلة كبيرة فى الإعلانات بحروف صغيرة تقلل من مكانتها عند الجمهور، راجع: حلمى بهجت بدوى – أصول الالتزامات – ص ٤٠٧ – طبعة ١٩٤٣م، وعن إخلال العامل بعقد العمل على نحو يؤثر فى هيبة صاحب العمل لدى العمال، حكم محكمة تولوز في ١٨٨٩/٧/١٢م: Dalloz, 1891-3-29، وسان تيان في ١٩٠١/٤/٢٦م Siary, 1904-2-116.

ولا يعارض هذا المعنى ما اتجه إليه التقنين العراقي حين أورد ما يقابل هذا النص فى المادة (٢٠٥) الواردة فى باب الأعمال غير المشروعة، ومن ثم ذهب الفقه إلى أن التعويض عن الضرر الأدبى يكون فى المسئولية التقصيرية ، دون المسئولية العقدية تأسيساً على ورود النص فى باب الأعمال غير المشروعة ، حيث لا يمنع ذلك من وجوب التعويض عن الضرر الأدبى فى مجال المسئولية العقدية أيضاً، إذ الإخلال بالالتزام الواجب أداؤه فيها ، لا يمكن النظر إليه على أنه من قبيل الأعمال المشروعة[1].

٨٣- وقد رأى المشرع المصرى: أن إطلاق مبدأ التعويض عن الضرر الأدبى يجعله شاملاً للضرر الأدبي الذي يرتد على أشخاص كثيرين من ضرر أصلى مادي يقع على شخص معين، كالحزن الذى يصيب أقارب القتيل وأصدقاءه ومريديه وجيرانه ، وغيرهم ممن يشعرون معه بصلة المودة والألفة، وأنه يخشى من ذلك أن يحفز عدداً كبيراً من أولئك الأقارب والأصدقاء إلى المطالبة بتعويض ما أصابهم من ألم بسبب الاعتداء على قريبهم أو صديقهم فتطول سلسلة المطالبين بالتعويض بسبب الفعل الواحد ويبهظ ذلك ذمة المسئول ، وقد يسبب إعساره ومزاحمة طالبي التعويض

---

[1] فى هذا المعنى: د. حسن الدنون – النظرية العامة للالتزام – جـ١ – ص ٣١١ – فقرة ٢٦٧ – بغداد سنة ١٩٦٩م. وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٣٠٠ والتى حل محلها المادة ٢٣٨، ثم المادة ٢٢٢ مدنى مصرى: يعتد فى المسئولية التعاقدية بالضرر الأدبى وفقاً للأحكام التى تقدمت الإشارة إليها فى المسئولية التقصيرية، وغنى عن البيان أن تصور الضرر الأدبى أيسر فى نطاق المسئولية التقصيرية منه فى نطاق المسئولية التعاقدية على أن ذلك لا ينفى إمكان قيام المسئولية عن الضرر الأدبى فى الالتزامات التعاقدية، فمن ذلك مثلاً امتناع الوديع عن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة مع أن قيمتها المادية ضئيلة، راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٣ – ص ٥٦١-٥٦٨.

بعضهم البعض فى اقتسام أمواله حتى ينقلب ذلك ضد مصلحة الأقارب الأقربين إذ لا يحصلون من التعويض المستحق لهم إلا على النذر اليسير(١).

لذلك آثر المشرع المصرى فى التقنين الحالي أن يحسم الأمر بنص قانوني يقصر حق طلب التعويض المالي عن الضرر الأدبى المرتد ، على فئات معينة من أقارب المجني عليه الأصلي. فنص فى الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) ذاتها: على أنه: لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب(٢).

وقد نص على ذلك التقنين السوري ، في المادة (٢٢٣) منه، والتقنين الليبي في المادة (٢٢٥) منه ، وبذلك قيد المشرع المصرى والسوري والليبي المحكمة في شأن الصلة الواجب توافرها بين طالب التعويض عن الضرر الأدبى المرتد عليه، وبين عزيزه الذى فقده، فلم يجز لها البحث فى تحقق الضرر، ولا الحكم بالتعويض عن الألم الذى يصيب طالب التعويض من جراء موت عزيزه المذكور ، ما لم يكن طالب التعويض زوجاً لذلك العزيز أو قريباً له من الدرجة الثانية، أى أن المشرع قصر سلسلة الأشخاص الذين يحق لهم التعويض عن الألم الذى يصيبهم

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٤٨، والفعل الضار – السابق – ص ١٦٠.

(٢) وقد صدرت أحكام محكمة النقض المصرى تطبيقاً لهذا النص. راجع نقض مدني مصري في ١٩٦٦/٣/٢٢م، مجموعة أحكام النقض ١٧-٦٣٦-٨٨، ونقض مدني في ١٩٧٥/١١/٤م، مجموعة أحكام النقض ٣٦-١٣٥٩-٢٥٩.

من موت قريب لهم على الأولاد والأحفاد والآباء والأجداد، والأمهات والجدات والإخوة والأخوات والأزواج والزوجات دون غيرهم[1].

٨٤- وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للمادة (٢٢٢) مدني مصري ما يأتي: استقر الرأى فى العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام ، بعد أن زال ما خامر الأذهان من عوامل التردد فى هذا الصدد، وقد عمدت بعض تقنينات قديمة ، كالتقنين الهولندي وغالبية ساحقة من التقنينات الحديثة ، إلى إقرار هذا الحكم فى نصوص التشريع، وقد بلغ من أمر هذه النزعة أن أورد المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة (٨٥) أمثلة تطبيقية فى هذا الشأن ، من ذلك ما نص عليه من أنه: يجوز للقاضي بوجه خاص ، أن يحكم بتعويض المضرور عما يصيبه من ضرر فى جسمه ، أو مساس بشرفه أو سمعته ، أو سمعة عائلته ، أو حريته الشخصية أو انتهاك حرمة مسكنه ، أو حرمة سر يحرص عليه، وله كذلك أن يحكم للأقارب والأصهار والأزواج بالتعويض عما يصيبهم من ألم عند موت المضرور[2]، كما أن نصوص القانون الفرنسي الحديث في عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبى ، بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي[3]، وقد أقر القضاء الفرنسي هذا المبدأ منذ عهد طويل ووطده فى أحكام كثيرة[4]، وعلى هذا المبدأ استقرت التقنينات

---

(١) السنهورى – الوسيط – جـ١ – فقرة ٥٧٩، د. أحمد حشمت أبو ستيت – السابق – فقرة ٤٦٨، د. سليمان مرقس – المسئولية المدنية فى تقنينات الدول العربية – السابق – ١٤١٩، د. جمال زكى – السابق – فقرة ٢١٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٩١.

(٣) د. السنهورى – الوسيط – جـ١ – ص ٨٦٦.

(٤) راجع: حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٨٣٣/٦/١٦م Sirey, 1833-1-458.

الحديثة[1]، حتى إنه ليندر أن نجد اليوم تشريعا يتخذ من مسألة التعويض عن الضرر الأدبى موقفا سلبيا، وباستثناء دولتي الاتحاد السوفيتي والصين اللتين تقوم فلسفة القانون عندهما على اعتبارات مادية بحته ، نجد باقى البلاد الاشتراكية تقر التعويض عن الضرر الأدبي، بل أن بعض الدول وخاصة بولونيا ويوغوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا تعتبر التعويض عن الضرر الأدبى أمرا موافقا لمبادئ الاشتراكية[2].

وقد كان هناك رأى قديم فى الفقه الفرنسي يرى أن الضرر الأدبى لا يصلح أن يكون محلا للتعويض بحجة أن قواعد المسئولية المدنية تستلزم الموازنة بين التعويض والضرر ، وليس من المعقول أن يقوم الضرر الأدبى بالمال حتى تتيسر هذه الموازنة، ولكن ما إن قضت الدوائر الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن الضرر الأدبى عام ١٨٦٣م، حتى استقر مبدأ التعويض عنه رغم خلو القانون الفرنسي من النص عليه[3].

وحكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٢١/١٠/٢٥م Dalloz. 1922-1-163 وفى ١٩٣٨/٦/٢٣م Gazette de palais, 1937-1-399 وحكم محكمة ديجون الاستئنافية فى ١٩٤٦/٧/٢٥م Gazette de palais, 1946-2-206.

(1) مثل المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسري، والمادة ١٣٢٧ من القانون النمساوي، والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي، والمادة ١٣٤ من القانون اللبناني، والمادة ٣٤٨ مدني يمني، والمادة ١٦٦ من القانون البولوني، راجع: د. السنهورى – السابق – ص ٨٦٩ –هامش (١).

(2) Viney. OP. Cit, p.311.

وراجع: د. سليمان مرقس – الوافي – الفعل الضار – ص ١٥٧ – هامش ٧٥.

(3) د. محمد إبراهيم دسوقي – تقدير التعويض بين الخطأ والضرر – فقرة ٢٤٢ – ص ٤٦٥، والأستاذ مصطفى مرعى – المسئولية المدنية – فقرة ١٢٤، والأستاذ حسين عامر – المسئولية المدنية – فقرة ٢٣٩، د. محمد حسين الشامي – ركن الخطأ فى المسئولية المدنية – فقرة ٢٥٢.

ثانيا : أنواع التعويض عن الضرر الأدبي :

٨٥- وأنواع التعويض عن الضرر تختلف باختلاف نوعه وما إذا كان الضرر ماديا أو أدبيا .

ومن المعروف أن تعويض الضرر المالي أمره سهل ، لأنه مقدر بمقدار الضرر ، وهو أمر يمكن الوقوف عليه من خلال ما رسمته المادة (١/٢٢١) من التقنين المدني المصري بقولها : " يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام ، أو للتأخر في الوفاء به " ، فالمادة المذكورة قد رسمت الأساس الذي يستطيع به القاضي أن يقدر الضرر على نحو يصيب فيه مقصد القانون[١] .

لكن الأمر في مجال التعويض عن الضرر الأدبي مختلف ، لأن التقدير فيه يقوم على اعتبارات أدبية تجعل طريقة تقديره مختلفة من شخص لآخر ، ولئن كان فيها ما يستوجب التفاوت في القيمة من جراء اقتران الضرر الأدبي بضرر مالي غالبا ، فإن القيمة المادية مؤثرة في تقدير الضرر الأدبي ، أو لعلها كما يرى جانب من الفقه تعد مؤشرا من المؤشرات التي يمكن بمقتضاها تقدير قيمة التعويض عن الضرر الأدبي[٢]، وإذا كان التعويض العيني صورة يمكن الأخذ بها في مجال التعويض عن الضرر الأدبي ، إلا أن نطاقها فيه سيكون محدودا بصور معدودة للضرر الأدبي ، وسيظل التعويض بمقابل هو ميدان التقدير في الضرر الأدبي ، ونظرا لأنه يتعلق بتقدير قيم أدبية وكيانات معنوية ، فإنه

---

(١) د. سليمان مرقس – الفعل الضار – ص ٥٠٧ .

(٢) د. سليمان مرقص – السابق – ص٥٠٦ وما بعدها . د. أنور سلطان – الموجز في النظرية العامة للالتزام – ص٣٥٦ حيث يعنون التعويض : بأنه جزاء المسئولية ، وهو جزاء مدني بالطبع .

سيظل في طريقة تقديره ، مختلف عن الضرر المادي كما سبق القول ، وفي هذا الإطار ، سوف نبين أنواع التعويض عن الضرر الأدبي وهي على الجملة نوعان ، أولهما : التعويض العيني عن الضرر الأدبي . وثانيهما : التعويض بمقابل ، ويمكن القول : إن الضرر الأدبي كالضرر المادي من ناحية الطرق التي يمكن أن يعوض بها مع اختلاف طبيعة كل منهما ، حيث يرد الأول على الذمة المعنوية للشخص ، بينما يتقرر الثاني على الذمة المالية ويبدو ذلك فيما يلي :

(١) التعويض العيني للضرر الأدبي :

٨٦- ومحل الالتزام بهذا التعويض ، قيام المدين به ، المسئول عن الفعل الضار بأداء شيئ للدائن المضرور يجبر به الضرر الذي لحقه بسبب الفعل الضار ، وقد نصت على هذا النوع من تعويض الضرر بنوعيه المادي والأدبي ، المادة (١٧١) من التقنين المدني المصري بقولها : يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً ، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ٠٠٠٠ ثم تقول المادة : على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع ، وذلك على سبيل التعويض ، وقد نصت على هذا المعنى المادة (٢٠٩) مدني عراقي ، والمادة (١٣٦) مدني لبناني ، وهي تقضي : بأن يكون التعويض في الأصل من النقود ، ويخصص كبدل عطل وضرر غير أنه يحق للقاضي ، أن يلبسه شكلاً يكون أكثر ملاءمة لمصلحة المتضرر ، فيجعله حينئذ عينياً ، ويمكن أن يكون على الخصوص بطريقة النشر في الجرائد .

وبناء على ما ورد في المادة (١٧١) مدني سالف الذكر ، وما يقابلها في التقنينين العراقي واللبناني ، يستبين أنه يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض العيني في دعاوى القذف والسب ، بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا الحكم يعتبر تعويضا عينيا عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي[1] ، بل إن الحكم بالمصروفات على المدعى عليه في مثل هذه الأحوال والاقتصار على ذلك قد اعتبر تعويضا عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى ، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذي تضمنه ، وقد أجاز المشرع الفرنسي الأخذ بهذا النوع من التعويض ، بنصه في المادة (٨٠٩) مرافعات ، التي تنص على أنه : " يجوز دائما لرئيس المحكمة أن يأمر بصفة مستعجلة باتخاذ إجراءات إعادة إلى الحالة أصلها ، لوقف التعرض الواضح عدم مشروعيته "[2] .

---

(١) الوسيط للسنهوري – جـ١ – فقرة ٦٤٤ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق – ص ٢٢١ ، د. حسام الدين الأهواني – الحق في الخصوصية – السابق – ص٤٣٢ وما بعدها ، د. جميل الشرقاوي – السابق – ص٥٠٦ وما بعدها ، د. سليمان مرقس – السابق – ص٥٣١ ، وراجع : حكم محكمة النقض في ١٩٦٧/٣/١٥ مجموعة أحكام النقض ١٨-٦٣٦-١٠٠ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ ص٢٩٦ وما بعدها .

(٢) ستارك–مشاره إليه. في د.سليمان مرقس–السابق–ص٥٣٢،وراجع:د. سليمان مرقس–المرجع نفسه– ص١٥٣ حيث يقرر أنه:كما يبدو لا صعوبة في التسليم بأن الضرر الأدبي يوجب التعويض إذا توافرت فيه الشروط اللازمة،إذا كان يكفي التعويض الأول لجبره،كالنشر في الصحف،أو تقديم اعتذار أو الحكم بمبلغ رمزي (قرش واحد مثلا) في حالات القذف والسب ، إذ يكون الجزاء من جنس العمل. وقد قضت محكمة استئناف مصر في ٤ يوليو سنة ١٩٧٣م بإلزام المسئول عن الضرر الأدبي بمبلغ زهيد كتعويض رمزي،وقضت في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ إذا تبين أن نشر الحكم في إحدى الجرائد فيه تعويض كاف للضرر الأدبي فلا محل للحكم بتعويض مالي،كما قضت محكمة استئناف إسكندرية المختلطة بأنه:يعتبر تعويضا أدبيا كافيا لجبر الضرر الأدبي إلزام المسئول بمصروفات الدعوى أو الحكم بتصحيح الواقعة المكذوبة.

حق الرد أو حق التصحيح :

٨٧- ومن تطبيقات التعويض العيني للضرر الأدبي ، حق الرد أو التصحيح على ما تنشره الصحف متضمنا ما ينطوي على مساس بحق من الحقوق الأدبية ، حيث تذهب معظم قوانين الصحافة في العالم إلى إعطاء الأفراد الحق في الرد على ما تنشره الصحيفة وتلزم الصحيفة التي نشرت المقال أو التحقيق الصحفي بنشر الرد الذي يرد لها من صاحب الشأن ، وقانون الصحافة الفرنسي يستعمل حق الرد ، أو الحق في الرد droit de re-sponse. بالنسبة لما يطلب الأفراد نشره ، بينما يستعمل قانون المطبوعات المصري تعبير " حق التصحيح ، وهذا التعبير نفسه يستعمله القانون المصري ، عندما تطلب السلطات العامة نشره ، والذي يعادل في القانون المصري ، البلاغات الرسمية[1] .

والمادة (٢٤) من قانون المطبوعات المصري تقرر أنه : على رئيس التحرير أو المسئول ، أن يدرج بناء على طلب ذوي الشأن تصحيح ما ورد ذكره من الوقائع أو سبق نشره من التصريحات في الجريدة ، وينشر التصحيح في نفس المكان ، وبنفس الحروف التي نشر بها المقال المطلوب تصحيحه ، ويجب أن ينشر التصحيح في خلال ثلاثة أيام لاستلامه ، أو على الأكثر في أول عدد يظهر من الجريدة .

ويبدو مما ذكرته المادة (٢٤) أن حق التصحيح ينشأ عن كل ما ينشر في جريدة أو مجلة دورية ، فعنصر الدورية يبدو واضحا من

(استئناف مختلط في ١٢ يونية سنة ١٩٠٢م،وأول مارس سنة ١٩٠٥م،وراجع:د. توفيق حسن فرج- السابق-ص٣٦٧ .

[1] د. حسام الدين الاهواني – السابق – ص ٤٢٥ – هامش ١١٢ .

ضرورة نشر الرد خلال ثلاثة أيام في أول عـــدد ، ولا مشـــكلة إذا كـــان الاعتداء على الحق الأدبي قد تم بواسطة إحدى الصحف والمجلات ، حيث يستطيع المعتدى عليه أن يمارس حقه في التصحيح فيرسل تصحيحـــاً لمـــا نشر [١] .

وممارسة الحق في التصحيح يبدو فعالاً في حالة ما إذا كان المقـــال أو الخبر يمس سمعة الشخص أو شرفه أو شخصه ، أي أن ينشر إليه مـــا قد يسيء إلى سمعته أو اعتباره ، أو نشر ما لا يجوز نشره كـــالحق فـــي الخصوصية ، والقانون يعطي لصاحب الشأن الحق في الـــرد دون حاجـــة للجوء إلى القاضي ، واللجوء إلى القاضي لا يكون إلا لاحقاً لطلـــب نشـــر التصحيح ، إذا رفضت الجريد نشره ، أو حدث خلاف حول توافر الشروط القانونية [٢] .

المساس بالحق الأدبي في كتاب :

٨٨- وإذا كان المساس بالحق الأدبي قد تم عن طريق كتـــاب ، أو عـــن طريق الدوريات ، فإن الفقه والقضاء قد استقر في مصر وفرنســـا ، علـــى أنه لا يجوز إعمال حق الرد طبقاً لأحكام قانون الصحافة أو المطبوعـــات دون اللجوء إلى القضاء ، فالرد بهذه الصورة لا يتصور إلا حيـــث يكـــون

---

(١) د. حسام الدين الاهواني – السابق – ص ٤٢٦ .

(٢) المرجع السابق – ص ٤٢٧ ، وراجع : الوسيط للسنهوري – جـ١ – ص ٩٦٧ – فقرة ٦٤٤ . وقد أشارت مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٩٦ وما بعدها ، إلى أن للقاضي أن يحكـــم بأداء معين على سبيل التعويض ، كأن ينشر الحكم بطريقة اللصق على نفقة المحكوم عليه أو ينـــص في القانون على أن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر سباً وافتراء ، وتقر المجموعة أن هذا التعويـــض لا هـــو بالعيني ولا هو بالمالي ، ولكنه أنسب ما تقتضيه الظروف .

المطبوع دورياً أي لا يكتمل ولا ينتهي بصدوره مرة واحدة ، ومن ثم يصعب القول بالرد حيث لا يتتابع صدور المطبوع ، وإلا فأين ينتشر الرد إذا كان المطبوع قد ظهر وانتهى واكتمل نهائياً ؟ .

في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر بنشر رد من جانب المعتدى عليه ، حيث يلزم الناشر بأن يضيف إلى الكتاب سواء في صدره أم في نهايته ، تعقيباً أو رداً من المعتدى على حقه الأدبي ، أو حقه في الخصوصية على صفحات الكتاب ، ويحدد القاضي حجم ومضمون الرد ، وذلك بشرط أن يكون هناك اعتداء [1] .

ومن المؤكد أن كفالة حق الرد على من أضير في سمعته أو عرضه أو شرفه على صفحات الجرائد السيارة أو الدوريات يعتبر تعويضاً عينياً يعالج بعضاً من صور التعدي على الحق الأدبي ، وليعالج التعويض بمقابل بقية الصور .

(أ) شروط الحكم بالتعويض العيني :

٨٩- وقد وضع الفقهاء شروطاً للتعويض العيني استنبطوها من النصوص القانونية المنظمة للتعويض العيني بصفة خاصة ، وأداء الالتزامات بصفة عامة ، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي :

---

[1] المرجع السابق – ص ٤٢٨ ، وقد أشار إلى حكم محكمة باريس الابتدائية في فبراير سنة ١٩٧٣م والذي قضى بضرورة وضع ورقة في أول جميع نسخ الكتاب الموجودة لدى الناشر أو الموزعين تتضمن تصحيحا لبعض المعلومات الخاطئة التي وردت في الكتاب والتي تنطوي على مساس بحق إنسان . ولا يخلو هذا الإجراء من صعوبة في التنفيذ تقلل من جدواه .

(١) أن يكون الحكم بالتعويض العيني ممكنا :

وهذا الشرط مستفاد مما ذكر في الفقرة الأولى من المادة (٢٠٣) مدني مصري ، حيث قيدت ما نصت عليه من إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، بأن يكون ذلك ممكنا ، وكذلك ما تنص عليه المادة (٢١٥) مدني ، من أنه : لا إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه [١] .

(٢) أن يكون التعويض العيني غير مرهق للمدين :

وقد نصت على هذا الشرط المادة (٢٠٣) بقولها : " إذا كان التنفيذ العيني فيه إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما " ، فيشترط في التنفيذ العيني إمكان حصوله مع عدم إرهاق للمدين ، فإذا كان الحكم بالتعويض العيني ممكنا ولكنه يرهق المدين بنحو يتجاوز فيه الضرر الذي يلحقه ذلك الضرر الذي يصاب به الدائن ، فإنه لا يكون هناك محل لإجبار المدين على التنفيذ العيني [٢] .

(٣) أن يكون التعويض العيني ملائما :

وقد أشارت إلى هذا المعنى الفقرة الثانية من المادة (١٧١) مدني مصري ، حين نصت على أنه : يجوز للقاضي تبعا للظروف ، وبناء على طلب

---

(١) د. إسماعيل غانم – أحكام الالتزام – ص ١١٢ حيث يمثل لذلك بإمكان الرجوع عن العمل ، أما إذا كان لا يمكن الرجوع فيه كما في إفشاء طبيب سر المهنة وإشاعته عن شخص أنه مريض فلا يمكن التعويض العيني ، وقارن : الوسيط للسنهوري – السابق – ص ٧٩٧ – هامش ٢ حيث يرى : أن محل التعويض العيني هو العمل الذي يتكرر ، أما العمل الذي لا يتكرر فلا يقبل التعويض العيني .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر – المرجع السابق – ص ٥٢٨ وما بعدها .

المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض فإذا كان تنفيذ الالتزام بعمل غير ممكن عيناً أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ، وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك ، وذلك كما في امتناع مسئول الجريدة عن نشر الرد المرسل من المضرور [1] ، وإذا كان تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل ، كما في التزام المدين بعدم التعرض للحياة الخاصة للمضرور ، أو قام بنشر صورته بدون إذنه ، أو قام بتحريف بعض التصريحات التي تسيىء إليه ، فإن التنفيذ العيني للتعويض يتمثل في قيامه بنفسه بتصحيح ما صدر منه ، كما يجوز أن يحكم بأداء أمر معين ، على نحو ما يقضي به من نشر حكم الإدانة بالصحف في دعوى القذف [2] .

(٤) أن يطلب المضرور التعويض العيني :

وقد أشارت إلي هذا المعنى المادة (١٧١) مدني بقولها : وللقاضي أن يحكم بالتعويض عينا ما دام يراه أيسر في نفاذه وأجدى للمضرور ،ولو كان المضرور قد طلب التعويض بمقابل،كما أن للقاضي أن يحكم بالتعويض بمقابل غير ذلك المقابل الذي طالب به المضرور،ولا يعتبر هذا حكما بما لم يطلبه الخصوم ،إذ أن الحكم يقوم على تعويض الضرر موضع النزاع، ولكن بوسيلة أخرى ، أما إذا طلب المضرور تعويضه عينيا،فأنه يتعين

(١) في هذا المعنى : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٥٣٩ .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر – السابق – ص ٥٣٠ .

على القاضي أن يحكم به،وكذلك للمسئول أن يعرض التعويض العيني فيقضي به [1] .

(ب) التعويض بمقابل للضرر الأدبي:

٩٠- يعتبر التعويض بمقابل عن الضرر الأدبي هو أحد صور التعويض عنه بل هو الصورة الثانية والغالبة لتعويض الضرر الأدبي ،حيث إن التنفيذ العيني لا يغطي كل صور الضرر الأدبي ، ومن ثم فإنه يترك مساحة واسعة لصور هذا الضرر حتى يأتي التعويض بمقابل فيغطي هذه المساحة.

(١) التعويض بمقابل غير نقدي للضرر الأدبي:

٩١- والتعويض بمقابل ، قد يكون بمقابل غير نقدي مما يمكن أن يقوم المدين بأدائه ويندفع به الضرر،وقد يكون بمقابل نقدي ،ولمحكمة الموضوع كامل السلطة في اختيار الطريقة التي ترى أنها الأنسب لإصلاح الضرر باعتبارها تعويضا بمقابل [2] ، ومثال التعويض بمقابل غير نقدي ما تقضي به المحكمة في دعاوى السب والقذف من نشر الحكم الصادر بإدانة المسئول في الصحف [3] ،غير أن التعويض النقدي هو أكثر طرق

---

(١) المرجع والمكان السابقان .

(٢) حسين عامر وعبد الرحيم عامر – السابق – ص ٥٣٠ ، د. إسماعيل غانم – أحكام الالتزام – ص١١١ – طبعة ١٩٦٧م .

(٣) د. أنور سلطان – السابق – ص٣٥٧ وما بعدها ، د. محمد لبيب شنب – دروس في نظرية الالتزام – ص ٤٣١ – دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧م ، د. سليمان مرقس – السابق – ص٥٣٣ ، د. توفيق

التعويض الملائمة لإصلاح الضرر المترتب على العمل غير المشروع،والأصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة للمضرور ،إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون التعويض النقدي مبلغاً مقسطاً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة ، والمسألة في ذلك راجعة إلي تقدير القاضي دون توقف على طلب المضرور ، والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغاً من النقود يعطي دفعة واحدة ولكن ليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم تبعاً للظروف بتعويض نقدي مقسط،أو بإيراد مرتب مدى الحياة.

والفرق بين الصورتين أن التعويض المقسط يستوفي على دفعات تحددها مدد معينة ويعين عددها ،ويتم استيفاء التعويض بدفع آخر دفعة منها ، أما الإيراد المرتب مدى الحياة فيدفع – هو أيضاً – ، على أقساط تحدد مددها ، ولكن لا يعرف عددها ، لأن الإيراد يدفع مادام صاحبه على قيد الحياة ، ولا ينقطع إلا بموته،ويحكم القاضي بتعويض مقسط إذا رأى أن هذه الطريقة هي المناسبة للتعويض ،بأن كان المدعي قد أصيب بما يعجزه عن العمل لمدة معينة ،فيقضي له بتعويض مقسط يتقاضاه حتى يبرأ، ويحكم القاضي بإيراد مرتب مدى الحياة إذا كان العجز عن العمل ــ كليا أو جزئيا ــ عجزا دائما ،فيقضي للمضرور بإيراد يتقاضاه مادام حيا تعويضا له عما أصابه من الضرر،ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط ، والذي يبقى في ذمته مددا قد تطول فقد يرى القاضي أن يلزمه بتأمين ، وفقا لما تقضي به الفقرة الأولي من المادة (١٧١) من القانون المدني الجديد ، وليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم على

فرج – مصادر الالتزام – ص٣٦٦ ، د. جميل الشرقاوي – النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – ص٥٠٦ – طبعة ١٩٨١م .

المسئول بدفع مبلغ من المال إلي شركة تأمين مثلاً لتحويلة إلي إيراد مرتب يعطى للمضرور ، وإذا لم يتيسر ذلك يجوز للقاضي الرجوع إلي الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضرور دفعة واحدة ،إذ أن تحديد مبلغ التعويض من سلطة قاضي الموضوع [١] .

(٣) التعويض النقدي للضرر الناشئ عن العدول:

٩٢- يعتبر التعويض النقدي أحد نوعي التعويض التي يجب أن يحكم بها للمضرور من العدول ،ذلك أن الضرر الناشئ بالتعويض عن هذا الضرر إذا لم يمكن جبره بما يزيل آثاره السيئة من نفوس الناس بالتعويض العيني، فإن التعويض بمقابل لهذا الضرر - خاصة إذا كان ذلك المقابل نقدياً - يمكن أن يجبره ويمسح من نفس المعتدى عليه آثر الألم الذي حل به ،حيث لا يخفى على أحد مدى ما يحدثه المال في نفس من يتقرر له من جبر خاطره،وإرضاء نفسه ،وربما يكون تقدير الضرر بالنقود في حالة الأضرار الناشئة عن العدول أمراً صعباً ، باعتبار أنه قد ينال من حق أدبي للمعتدى عليه ،وهو مما يصعب تقديره بالمال ،لكن هذا لا يمنع أن للتعويض بالمال أثراً كبيراً في تخفيف ألم التعدي على شرف الإنسان واعتباره،مع إمكان حصول التقدير التقريبي بين الضرر والتعويض النقدي[٢] .

---

(١) الوسيط -جـ١-ص٩٦٧ وما بعدها،د.إسماعيل غانم-السابق-ص١١٤،د.توفيق فرج-السابق-ص٣٦٦ وما بعدها،د.جميل الشرقاوي -السابق -ص٥٠٦ وما بعدها،حسين عامر وعبد الرحيم عامر- السابق-ص٥٣٥ وما بعدها،د. عبد المنعم فرج الصدة-السابق-ص٥٢٠ وما بعدها،د. عبد الحي حجازي- السابق - ص٥٠٦ وما بعدها،د. محمد لبيب شنب-السابق -ص٤٣٠ وما بعدها،د. أنور سلطان - السابق-ص٣٥٧ وما بعدها.

(٢) د. عبد الحي حجازي - مذكرات في نظرية الحق - حيص ,٤٥ طبعة ١٩٥١م .

والأصل أنه في حالة عدم الاتفاق على مقدار التعويض أو نص القانون عليه [1] ، فإن المبدأ الذي يحكم مقدار التعويض يتمثل في أنه يجب أن يكون مساوياً لقيمة الضرر المباشر ،فلا ينقص عنها ولا يزيد،ويبدو أن المراد بالمساواة هنا هي المساواة التقريبية،وإلا فإن تعويض الضرر على نحو المساواة الكاملة يعد أمراً بعيد المنال ، إن المقصد من التعويض هو جبر الضرر كله ، بحيث يتحمل المعتدي نتائج التعدي،ومن المعروف أن الأضرار تختلف فيما بينها في يسر تقويمها،فالأضرار الأدبية تنطوي على صعوبة بالغة في تقدير التعويض عنها ،وهو ما يجعل التعويض المساوي على نحو كامل في مجال التطبيق العملي أمرا فوق طاقة المحاكم والهيئات القضائية،إذ كيف يتسنى لقاض أو خبير أو عدد منهم ،أن يصل إلي تقويم عادل للآلام النفسية التي حدثت نتيجة عدوان المسئول عن ضرر العدول في الخطبة ، مع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على عمل المتضرور وحياته؟ ثم كيف يمكن جبر تلك الآلام النفسية،مع أن العودة بالمتضرر إلي الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر أمرا غير مسلم به على إطلاقه؟ إن ذلك كله يعني وجوب صرف معنى التعويض إلي معناه التقريبي ،وليس إلي المساواة المطلقة بينه وبين الضرر [2] .

في إطار هذا المعنى يجب أن يقدر القاضي التعويض تقديرا يكفي لجبر الضرر،وإعادة المضرور إلي حالة مثل حالته التي كان عليها قبل حدوث الفعل الضار بشرفه واعتباره،على أن يقترن هذا التقدير ببيان عناصر الضرر،ومؤدى ذلك أن يقدر التعويض بقيمة الضرر كما آل إليه

---

(1) د. حسين عامر – التعسف في استعمال الحقوق – السابق – ص ٦٤٢ وما بعدها . حيث يبين وسيلتي التقدير الإتفاقي والقانوني .

(2) في هذا المعنى ، كتابنا : الضرر الأدبي – السابق – ص ٤٣١ .

وقت الحكم بحسب ما إذا كان قد تفاقم أو تناقص ،ويحسب ما يتكلف جبره في ذلك الوقت [1] .

وقد نبهت محكمة النقض على ذلك في حكم لها جاء فيه: إن الضرر إذا كان متغيراً تعين على القاضي عند الحكم بالتعويض ،النظر في هذا الضرر لا كما كان عندما وقع ،بل كما صار إليه عند الحكم بالتعويض، مراعياً التغير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلي خطأ المسئول،أو نقص كائناً ما كان سببه،ومراعياً كذلك التغير في قيمة الضرر، بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه ، وزيادة سعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها ٠٠٠٠، ثم تقول المحكمة :وهذا النظر في جملته مؤيد بالمادة (١٩٣) مرافعات ، فيما تجيزه من إضافة التعويض المستجد من تاريخ الحكم الابتدائي إلي التعويض الأصلي ،استثناء من القاعدة التي تمنع من قبول طلبات جديدة لأول مرة في الاستئناف [2] .

---

(١) د. محمد كامل مرسي – في الالتزام – جـ ٢ – فقرة ٩٨ ، طبعة ٩٨ ، طبعة ١٩٥٥ ، د. سليمان مرقس – الفعل الضار – ص ٥٤٢ – طبعة ١٩٨٨ د. أحمد سلامة – مذكرات في نظرية الالتزام – فقرة ١٩٥ ، طبعة ١٩٨١م ، د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – جـ ٢ مصادر الالتزام – ص٥١٣ – مكتبة نهضة مصر بالفجالة سنة ١٩٥٤ : والوسيط للسنوري – جـ ١ – ص٩٧٧ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – ص٥٢٣ ، د. عبد الرارق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – المصادر غير الإرادية – ص٩٦ – طبعة الملك سعود .

(٢) حكم محكمة النقض في ١٧ إبريل سنة ١٩٤٧ ، مشار إليه : في حسين وعبد الرحيم عامر – المسئولية المدنية – حي ٥٦١ وما بعدها ، ويلاحظ أن ربط التعويض بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه ، وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر ، هو الذي ألجأ المحاكم الفرنسية – حتى تضمن استمرار التعادل بين الضرر والتعويض – إلى أن تربط الإيراد المرتب بقياس أسعار المعيشة ، بحيث يرتفع مقدار الإيراد المرتب مع ارتفاع معدل الأسعار ، في هذا المعنى : د. سليمان مرقس – الفعل الضار – ص٥٤ هامش (٢٨٧) ، د. جميل الشرقاوي – النظرية العامة للالتزام – جـ ١ – ص٣٦٨ – طبعة ١٩٧٨ ، د. إسماعيل غانم – أحكام الالتزام – – ص١١٤ – مكتبة عبد الله وهبه سنة ١٩٦٧ .

ويدخل هذا التقدير في سلطة قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض،إلا إذا بنى على أسباب غير سائغة،ويجوز للقاضي أن يحكم بتعويض مؤقت عند عدم تبينه مدى الضرر المستقبل قبل تحققه ويكون للمضرور الحق في استكماله بعد تحقق زيادة الضرر،وفقاً لما تنص عليه المادة(١٧٠) مدني ، وكذلك الأمر إذا طلب المضرور الحكم له بتعويض مؤقت مع الاحتفاظ بحقه في التعويض الكامل [١] .

وكما لا يجوز أن يكون مقدار التعويض أقل من قيمة الضرر ، كذلك لا يجوز أن يقبض المضرور من الفعل الضار ،تعويضاً أكثر مما يلزم لجبر الضرر،أو يجعله في حال خير من الحال التي كان عليها قبله،كما هو مقرر من عدم جواز إثراء المضرور على حساب المسئول [٢] .

الظروف المؤثرة في تقدير التعويض :

٩٣- وهناك ظروف تؤثر في تقدير التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة ، وملابسات تصاحب حصول ذلك التقدير،وذلك أنه رغم ما تنص عليه ألفاظ القانون ، وما استقر عليه الفقه التقليدي من أن التعويض يجب أن يكون كاملا ، إلا أن القضاء - استنادا منه إلي سلطته المطلقة في التقدير دون رقابة من محكمة النقض - يتجه مع ذلك إلي جبر الضرر

---

(١) د. سليمان مرقس - السابق - ص ٥٤٥ ، والأحكام المشار إليها فيه .

(٢) الوسيط للسنهوري - السابق ص٩٧٢ ، د. سليمان مرقس - السابق ص٥٤٦ ، د. أحمد حشمت أبو ستيت - السابق - ص ٤٦٠ ، د. عبد المنعم فرج الصدة - السابق ، د. عبد الحي حجازي - السابق - ص٥٠٩ ، د. أنور سلطان - مصادر الالتزام في القانونين المصري واللبناني - ص ٣٥٩ ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣ .

بتعويض عادل ، وليس بتعويض كامل ، وذلك من خلال مراعـــاة ثلاثـــة اعتبارات:

أولها: الاعتداد بدرجة الخطأ:

٩٤- من الأمور التي لا يمكن إغفالها في مجال تقديـــر التعويـــض عـــن مضار العدول درجة الخطأ ،حيث يعتد بها في تقدير التعويض،فـــإذا كـــان الخطأ بسيطا فإن المحكمة تعتبره من عوامل التخفيف في تقدير التعويـــض رغم إنكار الفقه لهذا المسلك الذي ينطوي على محابـــاة المسئول علـــى حساب المضرور بسبب عدم جسامة الخطأ ، حيث يحرم من جـــزء مـــن التعويض لسبب لا يد له فيه،ومع ذلك فإن الفقه فـــي مجملـــه لا يملـــك إلا التسليم به ، وخاصة في مجال التعويض عن الأضرار الأدبية الناشئة عـــن فعل ضار ، ومن ثم ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض،مـــدى انتشار الوسيلة الإعلامية التي تم عـــن طريقـــها التعـــدي علـــى الشـــرف والاعتبار من خلال الأذى الذي وقع [١] .

---

(١) د. حسام الأهواني – الحق في احترام الحياة الخاصة – ص ٤٤٥ وما بعدها – دار النهضـــة العربيـــة ؛ والوسيط للسنهوري – فقرة ٦٤٨ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – ص٥٢٢ ، د. أحمد حشمت أبو ستيت – مصادر الالتزام – ص ٣٦٠ ، د. إسماعيل غانم – السابق – ص ١١٥ ، د. أنـــور سلطان – ص ٣٥٩ ، د. سليمان مرقس – ص ٥٥٣ ، حيث يقرر : أن قصـــد المشـــرع واضـــح في وجوب إقامة وزن في تقدير التعويض لجسامة خطأ المسئول كما كانت المحاكم تفعل في ظـــل التقنـــين الملغي ، وكذلك لكل ظرف ملابس للفعل الضار تقضي العدالة بوجوب مراعاته في تقدير التعويـــض ، سواء كان هذا خاصا بالمعتدي أو المعتدي عليه ، وسواء كان مما يوجب التشديد أو التخفيف ، فيصـــح أن يقام وزن في تقدير التعويض ، ليس لما عاد على المسئول من فائدة بسبب الفعل الضار ، بل للحالـــة المالية لهما أيضا " .

وفي هذا يقول الدكتور أنور سلطان : إنه وإن كانت القاعدة القانونية عند تقدير التعويض هي عدم الاعتداد بجسامة الخطأ لأن المسئولية المدنية لا يقصد بها معاقبة المسئول.بل تعويض المضرور،إلا أنه من الناحية العلمية،ونزولا على مقتضيات العدالة،يدخل القضاء في حسابه عند تقدير التعويض درجة جسامة الخطأ الواقع من المسئول،ومع ذلك فهناك حالة يعتد فيها بجسامة الخطأ ،وهي حالة تعدد المسئولين.

فإذا تعدد المسئولون عن الضرر ، وكان من بينهم المضرور ، جاز توزيع المسئولية فيما بينهم بحسب جسامة الخطر الواقع من كل منهم (المادتان ١٩٦،٢١٦٩) مدني [١] ، كما أن التطورات الحديثة للمسئولية المدنية تحبذ نوعا من المشاركة في تحمل الأضرار بين المعتدي والمعتدى عليه ، وذلك للتطور الاجتماعي الذي حصل،والذي جعل من الخطأ اليسير أمرا لا يمكن تحاشيه ، ومن ثم كان الاعتداد بمدى جسامة الخطأ في تقدير التعويض أمرا مقبولا [٢] .

ثانيها : الظروف الشخصية للمضرور من العدول:

٩٥- كما أن القاضي وهو بصدد النظر في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ، لن يستطيع تجاهل الظروف المتعلقة بالمعتدى عليه في الضرر الأدبي الناشئ عن العدول ، وذلك حسبما تقتضيه المادة (١٧٠) مدني ، فالضرر الذي يصيب شخصا عاديا ، يختلف في مداه عن الشخص الذي يحتل مركزا اجتماعيا أو أسريا مرموقا ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالمهنة ودرجة الثقافة ، ففي كل هذه الأحوال وما إليها ، يجب على القاضي أن

---

(١) د. أنور سلطان – السابق .

(٢) د. إبراهيم دسوقي أبو الليل – المسئولية المدنية بين الاطلاق والتقييد – ص ٣٢٤ – دار النهضة العربية

يدخل في حسابه عند تقدير التعويض ، تلك العناصر الشخصية الخاصة بالمضرور ، فيكون التقدير ذاتيا حتى يتسم بالواقعية [1].

كذلك لا يمكن تجاهل سلوك المتعدي عليه في تقدير التعويض عن الضرر فلو أن المجني عليه قد شجع بمسلكه على إباحة عرضه وشرفه لمن يتعدي عليه ، فإن الضرر الذي يصيبه سوف يكون أقل ممن يحرص على شرفه واعتباره ، وهذا التفاوت في التقدير مما يتواءم مع المنطق ، لأن من فرط في حق نفسه ، لا يكون حريا بحفظ الغير له [2] ، ولهذا يدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض ، كما يدخل فيه - كذلك - بحالة المضرور العائلية فمن ينتمي لأسرة كبيرة ، ليس كمن ينتمي لأسرة متواضعة [3] ، وكذلك حالة المضرور المهنية فالضرر الذي يمس طبيباً أو محامياً أو مدرساً ، يختلف عن الضرر الذي يمس زبالاً أو كناساً أو غيرهما ممن هم في سيته مثل مهنتيما [4] ، وهذا ما ينبغي أخذه في الاعتبار .

ثالثاً : حسن النية :

٩٦- ليس لحسن النية أو سوء النية دخل في مبدأ تقدير التعويض ، ومع ذلك فإنه لا يمكن إغفال وصف النية عند تقدير التعويض ، ومسألة حسن

---

(١) د. جميل الشرقاوي – السابق ٥٠١ ، د. توفيق فرج – السابق – ص ٣٦٨ ، د. إسماعيل غانم – السابق – ص ١١٦ ، د. حسين عامر – التعسف في استعمال الحقوق – ص ٦٤٧ .

(٢) حسين وعبد الرحيم عامر – السابق – ص ٥٤١ وما بعدها ، د. سليمان مرقس – السابق – ص ٥٤٨ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصده – السابق – ص ٥٢٢ ، د. حسام الدين الأهواني – الحق في الخصوصية – ص ٤٤٥ .

(٣) د. سعيد عبد السلام – التعويض من ضرر النفس – ص ١٨٥ – طبعة سنة ١٩٩٠ – مؤسسة شباب الجامعة .

(٤) د. محمود جمال الدين زكي – مصادر الالتزام – فقرة ٢٢٨ – طبعة ١٩٦٨م .

النية هي مسألة موضوعية ليس لمحكمة النقض رقابة فيها على محكمة الموضوع ، التي تتمتع في تقديرها بالحرية المطلقة [١] .

وغني عن القول : أن التقدير القضائي للتعويض النقدي ، لا يقدر إلا في حالة عدم وجود اتفاق بين المسئول والمضرور على مقدار التعويض أو نص لقانون [٢] .

---

(١) د. حسين عامر – السابق – ص ٦٥٠ ، والأحكام القضائية المشار إليها فيه .

(٢) المرجع نفسه – ص ٦٥٠ وما بعدها .

المطلب الثاني

أدلة مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي

٩٧- مسمى الضرر الأدبي لم يكن معروفاً لدى الفقهاء القدامى ، وإنما برز مسماه في ساحة الدراسات الفقهية المقارنة ، بعد استحداثه في التشريعات الوضعية ، منذ أن أقر مضمونه في التشريع والفقه والقضاء ، وأصبح وجوده ضرورة أملتها ظروف الحياة بعد تقدم المخترعات ، وما استلزم ذلك من تغير أنماط الحياة،ونظام سلوكيات الناس فيها على نحو يجعل التعدي على الحقوق الأدبية التي يجب أن يتمتع بها الإنسان في جسده وحياته وشرفه واعتباره ، وعواطفه ، أمراً وارداً ، بل إن شئت فقل أنه كثير الورود ، وقد أدى ذلك بالضرورة وفي ظل البحث عن بدائل شرعية تحكم ما استجد في حياة الناس من سلوكيات تستوجب الضمان ، وتستلزم التعويض ، أن يعود المشغولون بالدراسات الفقهية ، والمعنيون بالبحث إلى مصادر التشريع الإسلامي ، بغية الوقوف على أصل يمكن أن تقوم عليه المسئولية عما يحدثه المسئول من ضرر أدبي ، وإلى ما تركه الفقهاء في كتبهم من أقوال ، وما أوردوه في مصنفاتهم الفقهية من أحكام متعددة لكثير من الحوادث الجزئية التي وقعت في مجتمعاتهم وهي كما يقول أحد المعاصرين من الفقهاء : تشبه حوادث العصر الحالي ، لأن طبائع الناس متشابهة غالباً ، وصنوف الأذى والاعتداءات الصادرة منهم متقاربة ، والباعث عليها ، والهدف منها معروف ، والممتلكات المتداولة واحدة في الماضي والحاضر تقريباً ، فهي إما عقارات وأراضي وأبنية ، وأشجار وثمار أو منقولات وسلع تجارية ، وأمتعة شخصية ووسائل

ركوب ، وأدوات إنتاج زراعي أو صناعي وأوراق نقدية ووسائل ثقافية ، وأدوات معرفة ونحو ذلك [1] .

ثم يقول : إلا أن طريقة فقهائنا في سرد الأحكام كانت كما أثر عنهم تتمثل في سرد الأحكام على نحو يستبين فيها الحكم الفقهي لكل مسألة على حدة ، لأعلى أساس نظريات عامة مصوغة ، أو مبادئ كلية مقررة باستثناء القواعد الفقهية ، إلا أن هذا المنهج لا يمنع من التوصل إلى صياغة نظريات فقهية مما يلاحظ القارئ النقيه من التزام المجتهدين بأصول عامة ثابتة في أذهانهم ، وقد يصرحون بها في أثناء تعليلاتهم للأحكام [2].

وعلى هذا النحو يمكن للفقهاء المعاصرين ، بحث ما يستجد من قضايا ومنها موضوع الضرر الأدبي ، ومدى إمكان التعويض عنه ، في شكل مبادئ عامة ، لتسهيل الأمر على طالب العلم ، وعلى قاض يود إصدار الحكم القضائي في نزاع مالي أو جسدي أو أدبي ، ولكي يعرف المرء سلفا حكم ما يقع منه من حوادث ، فتعلو كلمة الحق والعدل ، وتجبر آثار الاعتداءات ، ويحافظ على الأنفس والأعراض ، والشرف ؛ كما يحافظ على الكيانات المالية والمستحقات النقدية [3].

ومن هذا المنطلق ، نظر بعض الفقهاء المعاصرين ، في موضوع المسئولية عن الضرر الأدبي ، على ضوء مصادر التشريع الإسلامي ، وآثار الصحابة ، وفقه قدامى الفقهاء في القضايا المشابهة للضرر الأدبي

---

(١) د. وهبه الزحيلي – التعويض عن الضرر – منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي – كلية الشريعة – جامعة الملك عبد العزيز – العدد الأول سنة ١٣٩٩هـ – ص ٩ .

(٢) المرجع السابق – ص ١٠ .

(٣) في هذا المعنى : المرجع السابق – نفس المكان .

في وقتنا المعاصر ، ومن خلال استقراء أقوال الفقهاء في مدى إمكان التعويض عن الضرر الأدبي ، يمكن إرجاعها إلى قولين :

أولهما : لجمهور الفقهاء ، وحاصل قولهم : إن الضرر الأدبي كالضرر المالي ينطوي على اعتداء على حق ، ويمثل فوات مصلحة للمتعدى عليه ، ويجب لذلك تقرير الضمان له ، ويقوم هذا الرأي على سند قوي من مصادر التشريع الإسلامي،وأقوال الفقهاء على نحو ما سنرى [1].

ثانيهما : لبعض الفقهاء ، وحاصل قولهم : ان الضرر الأدبي لا يتأهل الضمان ولا يستوجب التعويض ، وإن في الأحكام التي قررتها الشريعة الإسلامية ، لما يقع من الفعل الضار سواء كان على النفس أو العرض أو الشرف ما يكفي لجبر الضرر ورد الاعتداء . ومن هذا الرأي الدكتور مصطفى الزرقا حيث يقول : خلاصة القول : أننا لا نرى مبررا استصلاحيا لمعالجة الأضرار الأدبية بالتعويض المالي مادامت الشريعة قد فتحت مجالا واسعاً لقمعه بالزواجر التعزيرية . ولم نر في الاستدلال عليه من الشريعة حجة مقنعة على تبدل في أنماط الحياة المعاصرة يجعل الاستمرار في قمعه تعزيراً غير ذي جدوى ، بل الأمر بالعكس ، فإن قبول مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية له محذور واضح ، هو أن

---

(١) من هذا الرأي : د. فوزي فيض الله - في رسالته السابقة - ص ١٤٤ : حيث يقول بعد أن سرد الحجج التي تقوى ما ذهب إليه : بناء على ذلك وفي زماننا هذا يكون التعزير بأخذ المال كما يعبر القانونيون في الأضرار الأدبية التي تمس شرف الآخرين وعقائدهم ، وكرامتهم أمضى في العقاب ، بل يكون أمرا طردياً مع تسلط المادة وسيطرتها ، ثم يقول : ولعل من الأحسن أن يقال : إن في هذه الأضرار الأدبية يجتمع حقان : حق الله في نظافة المجتمع وطهارته ، وحق العبد في الكف عن إيذاء شعوره ، فليكن حق الله بالعقاب ، وليكن حق العبد بالتعويض ، وليتخذ منهما الحاكم الأبلغ في الأثر . وراجع : د. وهبه الزحيلي : السابق - ص ١٢ ، د. محمد حسين الشامي - السابق - ص ٥١٦ - فقرة ٢٥٤ .

مقدار التعويض احتياطي محض ، لا ينضبط بضابط ، بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض ، وهذا متعذر هنا ، وكثيراً ما نسمع فندهش من أخبار الدعاوي والأقضية الأجنبية أرقاماً بالملايين لقاء مزاعم أضرار أدبية في منتهى التفاهة (١).

وقد يكون من أنصار هذا الرأي أيضاً ، الشيخ علي الخفيف ، حيث يقول في كتابه الضمان في الفقه الإسلامي : وعلى أساس هذا النظر اعتبر ما يدفع من المال عند التلف تعويضاً عن المال المفقود ، ووجب أن يكون التعويض في الضرر المالي الذي يتمثل في فقد مال ، لا في ضرر غير مالي ، وعلى هذا لم يجب التعويض في الضرر الأدبي ، ولا في فقد مال كان مرجوداً ، إذ لا يمكن تحقيق مبادلة مالية في هذه الحال بين مالين (٢) .

---

(١) الفعل الضار – ص ١٢٤ ، وله أقوال أخرى في الرد على أدلة المجوزين سنعرض لها في حينها ، ومن هذا الرأي أيضاً : محمد فاروق العكام – الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي – ص ٢٤١ ؛ د. مقدم السيد – التعويض عن الضرر المعنوي في المسئولية المدنية – دراسة مقارنة – ص ٧٧ – الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥ – دار الحداثة ببيروت ، د. محمد إبراهيم دسوقي – تقدير التعويض بين الخطأ والضرر – ص ٧٠ – مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر ، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – المسئولية المدنية بين الطلاق والتقييد – ص ٤٤٧ – دار النهضة العربية حيث يقول : ويتقرر الضمان في الفقه الإسلامي عن الضرر أو المفسدة التي تلحق بالآخرين بشرط أن يكون هذا الضرر مادياً وليس أدبياً ، د. سليمان محمد أحمد – السابق – ص ٢٢٠ ، حيث يقول : ولا بد لوجوب الضمان أن يكون هناك ضرر ، لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلاً ، وصبحي المحمصاني – النظرية العامة للموجبات والعقود – ص ١٦٩ وما بعدها – طبعة ١٩٤٨م .

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي – للشيخ علي الخفيف – ص ٢١٣ ، وقارن : د. وهبه الزحيلي – في كتابه نظرية الضمان – ص ٩٦ ، حيث يقول : وأما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة غير المؤكدة (أي المستقبلة) أو الأضرار الأدبية أو المعنوية ، فلا يعوض عنها في أصل الحكم الفقهي ، لأن محل التعويض هو المال المحقق فعلاً ، المتقوم شرعاً ، والضرر الأدبي غير متقوم شرعاً ، لكن يمكن أن نجد مستنداً لتعويض تلك الأضرار في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لا نص فيه عملاً بمبدأ السياسة

٩٨ - اتجاهات المانعين للتعويض عن الضرر الأدبي :

ويفهم مما كتبه أصحاب القول الثاني ، أنهم قد اتجهوا في بناء رأيهم إلى غايات يمكن ردها من خلال ما نقل عنهم إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى أن الشريعة الإسلامية لم تترك فعلاً من الأفعال التي تستوجب الضمان إلا وقررت له العقوبة الملائمة له ، والتي تليق بدرء آثاره وتلافي أخطاره ، ومسح آلامه من نفس المضرور ، يستوي في ذلك أن يكون الضمان حداً أو قصاصاً أو تعزيراً ، وإذا تأملنا الأفعال الموجبة للضمان لوجدنا أنها لا تخرج عما قررته الشريعة الإسلامية من أحكام تتعلق بضمانها ومنها هذا النوع من الضرر ، الذي يسمى بالضرر الأدبي، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ الزرقا : لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للإضرار الأدبي ، وإن حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك ، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجته الإضرار الأدبي ، إنما هو التعزير الزاجر ، وليس التعويض المالي ، إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالاً متقوماً يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه (١) ، ثم يقول : نحن لا نرى مبرراً لمعالجة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي، ما دامت الشريعة قد فتحت مجالا لقمعه بالزواجر التعزيرية ، فالأضرار الأدبية التي تصيب الشخص في شعوره وعاطفته،

= الشرعية لا حقاق الحق وإقرار العدل ، ودفع الحرج والمشقة ، وراجع : مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الدكتور عبد الرازق السنهوري - جـ ٦ - ص ١٦٨ - دار إحياء التراث العربي لبنان ، وهو لا يرى التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي ، حيث ذكر أنه يشترط في الضمان أن يكون مالاً متقوماً في ذاته ، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه ، د. سليمان مرقس - المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية - القسم الأول - ص ١٤٣ - طبعة ١٩٧١م - معهد البحوث والدراسات العربية .

(١) د. مصطفى الزرقا - الفعل الضار - ص ١٢٤ .

لا تكون موجبة للضمان،اكتفاء بالعقوبة الجنائية المقررة لكل اعتداء على حده ، مثل حد القذف،أو التعزير في الاعتداءات التي لا حد لها [1] .

٩٩- تقييم هذا الاتجاه :

وهذا الاتجاه وإن كان مبعثه الثقة في أحكام التشريع الإسلامي وقدرة ما حوته كتبه على حكم كل تصرف ، وضمان كل فعل ، بما لا يحتاج إلى القول بتقرير ضمان جديد عن الأضرار الأدبية ، وهذا باعث طيب وشعور حميد ، إلا أنه لم يقدم لنا تأصيلا شرعيا لكثير من الأحكام الفقهية ، التي تقررت بصدد أمور لا يمكن تخريجها إلا على أساس أنها بمثابة التعويض عن ضرر أدبي ، إذ أن سببها فعل ضار بغير المال ، والتعويض فيها مقابل لهذا الضرر الأدبي غير المالي ، ومن أمثلة ذلك ما ذكره السرخسي في المبسوط : عن الإمام محمد بن الحسن - رحمة الله تعالى - في الجراحات التي تندمل دون أن يبقى لها أثر ، تجب فيه حكومة العدل بقدر ما لحق المجروح من الألم ، وحكومة العدل هي تقدير الخبراء[2] .

وما ذكره ابن قدامة في المغنى : أن قطع حلمتي الثديين عند مالك والثوري توجب ديتهما إن ذهب اللبن ، وإلا وجبت حكومة بقدر شينه [3] ، أي بقدر العيب الجسدي الذي أصاب المرأة .

---

(١) المرجع والمكان السابقان ، وله في نفس المعنى : المدخل الفقهي ـ رقم ٥٨٦ ، د. صبحي محمصاني ـ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة ـ ص ١٦٩ وما بعدها ـ ص ١٦٩ وما بعدها ـ طبع ١٩٤٨م .

(٢) السرخسي ـ المبسوط ـ جـ ٢٦ ـ ص ٨١ ، وبدائع الصنائع للكساني ـ جـ ٧ ـ ص ٣١٦ وما بعدها .

(٣) المغني لابن قدامة ـ جـ ٩ ـ ص ٦٢٣ ، وما بعدها ،والقواعد لابن رجب ـ ص ٣١٣ ،وفيها أن الجارية إن هزلت عند الغاصب يضمن نقصها .

وما ذكره الحصكفي في الدر المختار : أنه لو ضربه أسواطا ، ولم يكن لها أثر لا شيئ في ذلك ، أي ليس فيها أرش مالي ، أما العقوبة فواجبة حتما [١] ، وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم [٢] ، وهو حكومة عدل .

ويقول الشيخ زكريا الأنصاري من فقهاء الشافعية : لو جرحه وبريء ، ولم ينقص أصلا أنه يعزر فقط ، إلحاقا للجرح باللطم والضرب للضوورة، وقيل يفرض القاضي شيئا باجتهاده ورجحه البلقيني [٣] . وقد ذكر الشيخ الشرقاوي في حاشيته : أن القول بجواز التعزير بالمال هو قول الحنفية .

وقد جاء في رسائل ابن نجيم : وفي الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي ذلك ، أو الوالي جائر ، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة ، يجوز تعزيره بأخذ المال [٤] .

كما جاء في المنتزع المختار : والحكومة على ما رآه الحاكم ولطمة العبد من سيده تعتقه [٥] .

---

(١) ويرى بعض الفقهاء منهم ابن تيمية وابن القيم : أن في اللطمة والسوط والضرب باليد القصاص ، وهو المأثور عن الخلفاء وغيرهم من الصحابة والتابعين ، وهو نص أحمد وغيره من الفقهاء وبذلك جاءت سنة النبي – صلى الله عليه وسلم – ، وقالت طائفة لا قصاص في ذلك ،وإنما فيه التعزير ، والقول بالقصاص هو الصواب ، راجع : حاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٢١ وما بعدها ، الدار المختار ـ جـ ٥ ـ ص ٥٧٦ وما بعدها .

(٢) الشيخ زكريا الأنصاري ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمي عليه ـ جـ ٤ ـ ص ١٦١ المطبعة الأميرية ببولاق ، ونهاية المحتاج للرملي ، وقد جاء فيه : لو تألم بضربه (أي المضرور) ثم زال الألم أوجب القاضي فيه شيئا باجتهاده .

(٣) حاشية الشرقاوي على التحرير ـ جـ ٢ ـ ص ٤٤٨ .

(٤) مجموعة رسائل ابن نجيم ـ ملحقة بحاشية الحموي على الأشباه ـ الرسالة ١٣ في إقامة القاضي التعزير على المفسد من غير توقف على مدى ـ ص ٤٧ .

(٥) العلامة ابن مفتاح ـ المنتزع المختار من الغيث المدرار ـ جـ ٢ ـ ص ٤٤٩ مطبعة المعارف بمصر سنة ١٣٤٠هـ ، وراجع : البحر الزخار ـ جـ ٥ ـ ص ٢٨٠ حيث يقول : وفي الألم حكومة وفي

أقول : هذه الأقوال وغيرها كثير يدل على أن تعويض الضرر الأدبي أمر واقع أدركه الفقهاء وعبروا عن معناه ، وإن كانوا لم يصيبوا المسمى ، ولعل الذين يعارضون في قيام التعويض عن الضرر الأدبي قد عبروا عن ذلك دون أن يدركوا أنهم يقررون هذا المعنى ، يقول الأستاذ الزرقا : والأمثلة الفقهية جميعا التي استشهد بها القائلون بجواز التعويض عن الضر الأدبي ، ليست من الضرر الأدبي في شيئ ، فالألم والشين وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر . كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها [1] فهو يسلم بجواز التعويض عنها ولكنه يسميها أضرارا مادية ، فكأنّ رأيه قد بني على خلاف في لفظ لم يغير من الحكم عنده شيئا ، ثم إن أصحاب هذه الوجهة أيضا لم يقدموا ردا على ما استدل به أصحاب القول الأول الذين يرون جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وهي أدلة من سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - وآثار صحابته ، ويترجح لمن ينظر فيها ، أن يرى جواز ذلك على نحو ما سنرى .

الاتجاه الثاني : وهو ينطوي على سوء فهم واضح للتشريع الإسلامي ، وقصور في فهم أحكامه ، يدرك ذلك من يطالع ما كتبه أصحاب هذا الاتجاه تعليلا ، حيث ذهب أحدهم إلى القول بأن فكرة الضرر الواجب

الإيلام . ويقول في ص ٢٨٢ : ولا شيئ في قطع طرف الشعر إذ لا يؤثر في الجمال ، فإن أثر بأن أخذ الصف فما فوق ، فحكومة لما فيه من الزينة . والأحكام السلطانية _ للماوردي _ ص ٢٦٨ _ المكتبة التوفيقية حيث يقول : لا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم المضروب وعليه أن يأخذ له من تغريم الشاتم أو الضارب ، وقال صاحب معين الحكام _ الطرابلسي _ ص ١٩٥ : والتعزير لا يختص بفعل معين ، ويجوز التعزير بأخذ المال .

(١) مصطفى الزرقا _ الفعل الضار _ ص ١٢٣ .

تعويضه في الشريعة الإسلامية فكرة ضيقة ، فلم نعرف الشريعة الإسلامية فكرة التعويض عن الضرر الأدبي [1] ، وقال آخر : لقد قصر جمهور الفقهاء الضمان على الأضرار المادية والجسمانية ، أما ما عداها من صور الأذى التي لا يفوت بها مال ، ولا يكون لها اثر باد على الجسم ، فلا ضمان فيها [2].

١٠٠ - تقييم هذا الاتجاه :

ويبدو من خلال النظر فيما عبّر به أصحاب هذا الاتجاه عن رأيهم، أنه ينطوي على سوء فهم واضح لطبيعة التشريع الإسلامي ، وقصور في إدراك أحكامه ، حيث إن أصحابه قد بنوا رأيهم على ما ذكره ابن قدامه في المغنى حيث يقول : وإن لطمه على وجهه ، فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه ، لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة [3] ، وبما ذكره بعض فقهاء الحنفية من أنه : لو ضرب رجل إنسانا ضربا موجعا لا يضمن شيئا [4].

والواقع أن هذه النقول وردت في مواقعها من تلك المصادر في سياق الكلام عن الجنايات التي ليس لها أرش مقدر ، فالقاعدة التي تحكمها: أن كل ما ليس له أرش مقدر ففيه حكومة ، يقول ابن قدامة : وما لم يكن

---

(١) د. مقدم السيد ـ التعويض عن الضرر المعنوي في المسئولية المدنية ـ ص ٧٧ .

(٢) د. محمد فاروق العكام ـ الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي ـ ص ٢٤١ ، وربما يكون قد نقل هذا التعبير عن الدكتور السنهوري من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ـ جـ ٦ ـ ص ١٦٨ .

(٣) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٩ ـ ص ٦١٥ .

(٤) بدائع الصنائع ـ للكساني ـ جـ ٧ ـ ص ٣١٦ وما بعدها ، وقد جاء فيه : أن ذلك هو قول أبي حنيفة ، أما أبو يوسف فقال : تجب حكومة عن الألم ، وقال محمد تجب أجرة الطبيب ، وهذا يعني أن الضرر الذي ليس فيه ارش مقدر يجب ضمانه بالتعويض عنه .

من الجراح توقيت ، ولم يكن له نظير فيه أرش مقدر ، ففيه حكومة [1] ، وقد جاء في الكافي : وإن لم يحصل بالجناية نقص في جمال ، ولا نفع ، مثل قطع إصبع زائدة ، أو قلع سن زائدة أو لحية امرأة ، فاندمل الموضع من غير نقص أو زاده جمالا وقيمة ففيه وجهان : أحدهما : لا يجب شيئا ، لأنه لم يحصل بفعله نقص ، فلم يجب شيئ كما لو لكم فلم يؤثر ، والثاني: يجب ضمانه ، لأنه جزء من مضمون ، فوجب ضمانه كغيره ، فعلى هذا يقومه في أقرب أحواله إلى الاندمال ، لأنه لم يسقط اعتباره بعد اندماله قومّ في أقرب أحواله إليه ، كولد المغرور يقوّم في أول حال يمكن فيه التقويم بعد العلوق . وهي عند الوضع ، فإن لم ينقص في تلك الحالة قوم حين جريان الدم وإن قلع سنا زائدة قوّم وليس خلفها سن أصلية ، وإن قلع لحية امرأة قومت كرجل لا لحية له ، ثم يقوم وله لحية ويجب ما بينهما [2] ، فهل يفهم من قول ابن قدامه هذا أنه لا يرى عدم ضمان ما ليس فيه أرش مقدر ، وهو الذي يفصّل القول في كيفية ضمانه وتقديره إلى هذا الحد ؟ ، إن هذا ألا تقول على الرجل ينم عن سوء فهم لما قال وقصور في إدراك ما مفهوم الحال .

وقد ذكر الكاساني في البدائع : الأصل أن ما لا قصاص فيه من الجنايات وليس له أرش مقدر . ففيه الحكومة ، لأن الأصل في الجناية

---

(١) المغنى لابن قدامه ــ جـ ٩ ــ ص ٦٥٩ .

(٢) الكافي ــ لابن قدامه ــ جـ ٤ ــ ص ٩٥ .

الواردة على محل معصوم اعتبارها بإيجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن ، ومعنى حكومة العدل تقدير القاضي [1] .

وبهذا يظهر أن أصحاب هذا الاتجاه قد كشفوا بتعليلهم لما ذهبوا إليه عن سوء فهمهم للتشريع الإسلامي ، وقصور نظرتهم لأحكامه ، وتعجلهم في رمي أحكامه بالضيق والقصور عن ضمان الضرر الأدبي [2]، والقول بعدم جوازه ، وهو قول مرجوح كما سنرى ، بقى أن نبين أدلة المجوزين والمانعين لضمان الضرر الأدبي مع المناقشة وبيان الرأي الراجح ، وذلك في فرعين على النحو التالي .

---

(١) الكاساني ــ بدائع الصنائع ــ جـ ٧ ــ ص ٣٢٣ ، وفي مثل هذا المعنى : نهاية المحتاج للرملي ــ جـ ٧ ــ ص ٣٤٦ ، والقواعد لابن رجب ــ ص ٣١٣ ، ومغني المحتاج ــ جـ ٤ ــ ص ٧٧ والشرح الكبير ــ للدردير ــ جـ ٤ ــ ص ٣٧١ ، والقوانين الفقهية ــ لابن جزى ــ ص ٣٥٤ .

(٢) راجع : في هذا المعنى : د. محمد حسين الشامي ــ ركن الخطأ في المسئولية المدنية ــ ص ٥١٦ .

الفرع الأول

أدلة القائلين بمشروعية ضمان الضرر الأدبي

استدل القائلون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي وآثار الصحابة ، والإجماع ، والمعقول ، كما يمكن أن يستدل لهم من القرآن الكريم- أيضا- وذلك على النحو التالي :

١٠١- أولا : أدلتهم من القرآن الكريم:

قال الله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ (١) ، وقال تعالى: ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ (٢) ، وقال تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ (٣) .

ووجه الدلالة في الآيات الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى قد أوجب المماثلة في العقاب ،والمماثلة في العقاب تعني أن يفعل بالجاني مثل ما فعل من غير حيف أو زيادة ، ذلك ما يقتضيه عدل الله وتحتمه أحكام شرعه عقابا للمجرمين ، وردعا للمعتدي ، وتحقق المماثلة في كل صور العقاب أمر غير وارد شرعا ، ذلك أن المماثلة إنما تشترط فيما يمكن فيه المماثلة من التعويضات المالية والقصاص والجروح ، ونحو ذلك مما يمكن مراعاة المثلية فيه ، أما حين تتعذر المماثلة (٤) فإن بدلها هو الأرش وحكومة العدل ، وإلا فإن جانب

---

(١) سورة النحل ـ آية ١٢٦ .

(٢) سورة الشورى ـ آية ٤٠ .

(٣) سورة البقرة ـ آية ١٩٤ .

(٤) تعذر المماثلة قد يكون لمانع شرعي ، كما لو قتله بما لا يحل لعينه ، مثل إن لاط به فقتله ، أو جرعه خمرا أو سحره ، لم يقتل بمثله اتفاقا ويعدل إلى القتل بالسيف ، وقد يكون لمانع عادي ، كما لو جرحه دون الموضحة أو ضربه جائفة مما لا يمكن أن تتحقق فيه المماثلة ، راجع : المغني لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٦٧٧ .

الردع سيختل ، وسيفلت بعض المجرمين من العقاب ، وهذا أمر غير مقصود شرعا ، إذ مقصود الشرع أن ينال الجاني عقابه ، ولهذا أوجب الشارع الدية وجعلها جبرا عن نفس مع أنها ليست من جنسها ، ولا من جنس أعضائها (١) تحقيقا لهذا المعنى ، ومن ثم كان إيجاب المماثلة في عقاب المجرمين الوارد في الآيات الكريمة غير مانع من إيجاب تقدير الارش وحكومة العدل في حالة عدم إمكان المماثلة ، لأنه سيصير بدلا عنها ، والبدل عن الواجب يكون له حكمه لئلا يفلت الفعل عن ضمان ، ولهذا نظير في ضمان المال ، إذ حين لا تفيد المماثلة فيه يعدل عنها ، ومن أمثلة ذلك صور الإتلافات المالية نفسها ، إذ ليس من الحكمة إتلاف مال المتلف نظير ما أتلفه من مال المتلف عليه ، وإلا لتفاقم الضرر ، بل الحكمة تكون بأخذ مال المتلف وإعطائه للمتلف عليه ، ومن غير المقبول أبدا أن تمس كرامة المسيئ بمثل ما مست به كرامة غيره ، وإلا كان في ذلك إشاعة للفاحشة بين الناس وتثبيتا لمعناها في نفوسهم ، وإنما المفيد عقاب المسيئ بما يردعه ويزجر غيره (٢) .

وفي هذا المعنى يقول الشيخ على الخفيف : لقد عرفنا أن ضمان المال يدفع لمن أصابه ضرر في ماله ، إنما يقوم في الشريعة على فكرة التعويض ، وإزالة ذلك الضرر برد الأمر إلى ما كان عليه قبل حدوثه ، وذلك لا يتحقق إلا في الضرر المالي، الذي يتمثل في فقد المال ليحل محله ما يعوضه من مال يرد الأمر إلى ما كان عليه قبل الفقد ، ولذا لم ير فقهاء الإسلام محلا للضمان المالي ، أو التعويض المالي عن ضرر لا يرتفع بدفع المال ، وهذا في كل حال لا يترتب على الاعتداء فيها فقد مال قائم ،

---

(١) العز بن عبد السلام ــ قواعد الأحكام ــ جـ ١ ــ ص ١٧٤ .

(٢) د. محمد فوزي فيض الله ــ المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ــ ص ١٤٢ .

ومن ثم لم يروا التعويض في الأضرار الأدبية ، ولا في الضرر بفقد الأمل في مال متوقع حدوثه ، إذ ليس في دفع المال فيها إعادة الأمر إلى ما كان عليه . وعلى ذلك فماذا يكون وضع الديات والاروش ، بالنظر إلى هذا الأساس ، وليست إلا أموالا تدفع فيما لا يعد مالا ، أو فيما لا يقوم بالمال ، وذلك لعدم تقوم نفوس الأحرار وأبدانهم ، وعدم اعتبارها من الأموال [١] ، وبناء على ذلك يقوم التساؤل عن الأساس الذي بنى عليه الشارع الإسلامي شريعة الديات والاروش ، وفي تقديره الديات والاروش بخاصة إذا روعي ما يدل عليه قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ [٢]، وقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ، فمن عفى وأصلح فأجره على الله ﴾ [٣] ، وقوله تعالى : ﴿ والذين كسبوا السيئات جزاء سيئة مثلها ﴾ [٤] ، وما توجبه هذه الآيات من التساوي بين السيئة وجزائها هو الأصل الذي بنيت عليه شريعة القصاص التي أوجبها قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ﴾ [٥] ، وقوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف ، والأذن بالأذن والسن بالسن

(١) الضمان في الفقه الإسلامي ــ جـ ٢ ــ الكفالة والديات ــ ص ١٥٩ وما بعدها ــ معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧٣م .

(٢) سورة البقرة ــ آية ١٩٤ .

(٣) سورة الشورى ــ آية ٤٠ .

(٤) سورة يونس ــ آية ٢٧ .

(٥) سورة البقرة ــ آية ١٧٨ .

والجروح قصاص ﴾ [1] ، وليس بين المال والنفس أو بين المال وقطع الطرف أو بين المال والجرح تماثل وتساو [2] .

ثم يقول : الذي يبدو أن الشارع الحكيم قد لاحظ أن عقوبة القصاص مع قيامها على مبدأ المساواة بين الجريمة والجزاء ، لا تصلح في جميع الأحوال ، لأنها إن صلحت في بعض أحوال العمد ، لا تصلح في بعض حالات أخرى من حالاته لا تتحقق فيها المساواة بين الجريمة والجزاء لعدم إمكانها ، كما لا تصلح للسبب نفسه في أحوال الخطأ ، إذ لم يقصد الفاعل فيها إحداث ما وقع من الضرر ، وكان اعتباره ضررا سماويا أقرب من اعتباره ضررا مسئولا عنه من أحدثه ، ومن الظلم في هذه الأحوال أن يفعل به ما لم يرد أن يصيب به غيره ، أو مثل ما صدر منه على غير إرادته واختياره [3] .

ومن أجل ذلك عدل في هذه الأحوال عن مبدأ المساواة والتماثل بين الجريمة والجزاء ولم يشرع فيها القصاص ، غير أنه لم يكن من العدل مع ذلك إعفاء الجاني فيها من المسئولية ، وكان من الواجب أن يصان دم الإنسان من الهدر ، وأن يضمن الفاعل ما به تخف آلام المجني عليه أو ضرره ، ويذهب عنه بقدر الإمكان غيظ القلوب وحقد النفوس ، وللمال في هذه السبيل أثره الطيب المعروف في تخفيف الآلام وشفاء ما في الصدور ، لما يؤدي إليه من أذى لدافعه ينقص ماله ، ومنفعة لمن دفعه إليه يطيب بها عيشه ، ويجد فيها معونة على الحياة ومطالبها ، فكان ذلك أساس شرع

---

(١) سورة المائدة ـ آية ٤٥ .

(٢) الشيخ على الخفيف ـ المرجع ـ المرجع نفسه ـ ص ١٦٠ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٦٠ وما بعدها .

الديات والاروش فضلا عما قد يترتب عليه من الزجر والردع لمن تحدثه نفسه بأذى غيره [١] .

١٠٢ - ثانيا : أدلتهم من السنة النبوية :

(١) ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : لا ضرر ولا ضرار [٢] .

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد نفى الضرر والضرار ، والضرار ضد النفع ، قال ضره يضر ضرا وضرار ، وأضر به يضر إضرار ، ومعناه: لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه [٣] . وقد قال بعض المحققين في بيان معنى الضرار والضرر : إن الضرار فعال من الضر ، أي لا يجازيه بأضراره ، بإدخال الضر عليه . فالضر ابتداء الفعل، والضرر هو الجزاء عليه ، ويبدو أن هذه القول مردود بقول الله تعالى :﴿ ولمن انتصر بعد ظلمه﴾[٤]، وقوله عز من قائل: ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾[٥]، ولذلك قيل : إن الضر هو ما تضر به صاحبك ، وتنتفع أنت به ،

---

(١) المرجع نفسه ـ ص ١٦١ .

(٢) رواه احمد وابن ماجة ، وله من حديث أبي سعيد مثله . وهو في الموطأ مرسل . راجع موطأ الإمام مالك ـ ص ٦٣٨ ، وأخرجه ابن ماجة أيضا والبيهقي من حديث عبادة بن الصامت وأخرجه مالك بن عمر بن يحيى المازني عن أبيه مرسلا بزيادة من ضار ضاره الله . ومن شاق شاق الله عليه ، وأخرجه بها الدار قطني والحاكم والبيهقي عن أبي سعيد مرفوعا ، وأخرجه عبد الرازق وأحمد عن ابن عباس أيضا . راجع : سبيل السلام للصنعاني ـ جـ ٣ ـ ص ١١٨ ، مطبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ونيل الأوطار ـ للشوكاني ـ جـ ٥ ـ ص ٢٦٠ .

(٣) سبل السلام ـ المكان السابق .

(٤) سورة الشورى ـ الآية ٤١ .

(٥) سورة الشورى ـ الآية ٤٠ .

أن الضر هو ما تضر به صاحبك ، وتنتفع أنت به ، والضرار أن تضرره من غير أن تنتفع ، وقيل : هما بمعنى واحد ، والتكرار فيهما للتأكيد[١] .

وقد دل الحديث على تحريم الضرر لأنه إذا نفى ذاته ، دل على النهي عنه ، لأن النهي لطلب الكف عن الفعل ، وهو يلزم منه عدم ذات الفعل ، فاستعمل اللازم في الملزوم [٢] .

وتحريم الضرر معلوم عقلا وشرعا إلا ما دل الشرع على إباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة . وذلك مثل إقامة الحدود وغيرها، وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة ، وقد جاء النفي الذي يفيد النهي والتحريم في الحديث عاما ، ليشمل تحريم كل صور الضرر وأنواعه[٣] ، ولما كان الضرر الأدبي أحد أنواع الضرر المنهي عنه فإنه يجب به الضمان كغيره من الأضرار المحرمة التي تعاضدت أدلة الشرع في جواز التعويض عنها ، ويكون الحديث دالا ، ضمن ما يدل عليه ، وعلى جواز التعويض عن الضرر الأدبي لذلك [٤].

---

(١) سبل السلام ــ المكان السابق نفسه .

(٢) سبل السلام ــ المكان نفسه .

(٣) في هذا المعنى : المرجع السابق – ص ١١٩ .

(٤) وقد احتجت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني – ص ٣٠٠ ، للتعويض المالي عن الضرر الأدبي بأن السند في هذا الباب حديث : لا ضرر ولا ضرار ، وهو نص عام ، فقصره على الضرر المادي دون الضرر الأدبي تخصيص بغير مخصص وهو لا يجوز – مشار إليه بالفعل الضار – للأستاذ مصطفى الزرقا – ص ١٢٥ .

(٢) وبما أخرجه الإمام مسلم من حديث أبي هريرة أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه[١] وأوجه الدلالة في هذا الحديث :

أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قد حرم على المسلم عرض أخيه المسلم ، والعرض هو موطن الشرف في الإنسان ، أو ما به قوام شرفه واعتباره ، مما يتعلق بكيانه الأدبي ، يدل على ذلك ما ذكره علماء اللغة من أن العرض هو جانب الرجل الذي يصونه من نفسه وحسبه أن ينتقض أو يثلب ، وسواء كان في نفسه أو سلفه أو خلفه ، أو من يلزمه أمره ، أو موضع المدح والذم منه ، أو ما يفتخر به من حسب وشرف ، وقد يراد به الآباء والأجداد والخليقة المحمودة [٢].

وقد جاء تحريم العرض في الحدث الشريف معطوفا على أمرين لا يخالف فقيه على تقرير مبدأ الضمان فيهما إجمالا ، فدل ذلك على أن المعطوف وهو العرض ، له حكم ما عطف عليه ، في الضمان ، وإذا كان معنى العرض يغلب في جانب الحق الأدبي ، يكون الحديث دالا على جواز الضمان في حالة التعدي عليه [٣].

---

(١) الحافظ المنذري – مختصر صحيح مسلم جـ٢ – ص ٢٣٣ رقم ١٧٧٥ – تحقيق الشيخ الألباني ، كما أخرجه أبو داود في سننه – جـ٢ – ص ٦٨د – الطبعة الأولى ١٣٧١هـ – مصطفى البابي الحلبي .

(٢) القاموس المحيط – جـ٢ – ص ٣٤٧ . ومنه فلان نقي العرض ، أي بريئ من أن يشتم أو يعاب ، وقيل عرض الرجل : حسبه ، راجع : مختار الصحاح – ص ٤٢٦.

(٣) راجع في هذا المعنى : مصطفى الزرقا – الفعل الضار ، حيث يقول : وفي هذا الحديث كذلك تقرير لاعتبار الإضرار الأدبي من المحرمات الكبيرة الإثم ، ويستفاد هذا من عدم الشتم والقذف مثل التعدي على النفس والحقوق كسفك الدماء وأكل المال ، وهذا يؤكد أن الضرر الأدبي يوجب تدبيرا زجريا يزيله ويمحو أثره – ص٢١ وما بعدها ، من المرجع المشار إليه .

(٣) وبما رواه أبو بكرة نقيع بن الحارث - رضي الله عنه - ، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ، قد خطب في الناس يوم النحر ، في حجة الوداع وقال : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا [١].

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أنه قد دلّ على نفس المعنى الذي دل عليه الحديث السابق ، حيث جاء تحريم العرض معطوفاً على تحريم النفس والمال ، فدل ذلك على أن للعرض حكمهما وهو وجوب الضمان ، ولما كان التعدي على العرض يغلب عليه جانب الضرر الأدبي ، يكون الحديث دالاً على ضمانه .

(٤) وبما روي عن عائشة - رضي الله عنها - : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ، بعث أبا جهم جامعاً للصدقات فلا حاه رجل في صدقته ، فضربه أبو جهم فشجه ، فأتوا النبي - صلى الله عليه وسلم - ، فقالوا : القصاص يا رسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم : لكم كذا وكذا يعني من المال ، فلم يرضوا ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : لكم كذا وكذا فرضوا [٢].

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد قدر للفعل الضار الواقع من أبي جهم ضماناً مالياً ارتضاه الذين وقع الضرر عليهم،وقد جاء هذا التقدير في شجّة أحدثت ألما في نفس المشجوج وأهله،ولو كان الواجب فيها الارش فقط دون التعويض لما حكم لها النبي- صلى الله عليه وسلم -، بل ولألزمهم

---

(١) متفق عليه ، راجع : رياض الصالحين - للنووي - ص ١١٧ ، وما بعدها .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود بسنده عن عروة عن عائشة - رضي الله عنها - ، راجع : سنن أبي داود - جـ٤ - ص ١٨١ ، حديث رقم ٤٥٣٤ .

بالارش [1] ، وتقدير النبي - صلى الله عليه وسلم - يشمل ما حدث عن الفعل الضار بشقيه ، وهما : التخريب الظاهري للوجه ، والألم الناجم عن هذا التخريب في نفس المضرور ، مضافا إلى ذلك ألم أهله عليه مما هو في معنى الضرر الأدبي ، فدل ذلك على جواز ضمانه .

١٠٣- ثالثا : أدلتهم من آثار الصحابة :

وأما أدلة القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي من آثار الصحابة فكثيرة ومتعددة ، ويمكن أن نكتفي منها بما يدل على المطلوب ، وذلك على النحو التالي :

(١) روى ابن حزم : أن حلاقا كان يقص لعمر بن الخطاب بعض شعره فأفزعه عمر فضرط الرجل من الفزع ، فقال عمر - رضي الله عنه - : أما أنا لم نرد هذا ، (أي لم يقصد إفزاع الرجل) ولكنا سنعقلها ، فأعطاه أربعين درهما [2] .

ووجه الدلالة في هذا الأثر : أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ، قد قام بضمان الخوف الذي تسبب في حصوله للرجل حتى أفزعه وظهرت علامات ذلك الفزع عليه ، وما كان لمثل عمر - رضي الله عنه - أن يضمن الخوف والفزع ، وهما من مكونات الضرر الأدبي ، لولا أن للضمان أساسا شرعيا يقوم عليه ، ويستمد جوازه منه ، فدل هذا الأثر على جواز التعويض عن الضرر الأدبي .

---

(١) راجع في هذا المعنى : ابن القيم في إعلام الموقعين ـ جـ ١ ـ ص ٣٢٠ وما بعدها ، مراجعة : طه عبد الرؤوف سعد ـ دار الجيل ـ بيروت ١٩٧٣م .

(٢) ابن حزم ـ المحلى ـ جـ ١٠ ـ ص ٤٥٩ حيث رواه بسنده عن عبد الرازق ـ وراجع : د. رويعي الرحيلي ـ فقه عمر بن الخطاب موازنا بفقه أشهر المجتهدين ـ جـ ٣ ـ ص ٢٣٢ مركز البحث العلمي في جامعة أم القرى بمكة المكرمة ـ طبع دار الغرب الإسلامي ببيروت سنة ١٤٠٣هـ .

وقد روى هذا الأثر في كنز العمال برواية أخرى عن عكرمة : أن حجاما كان يقص لعمر بن الخطاب وكان رجلا مهيبا فتنحنح عمر ، فأحدث الحجام ، فأمر له بأربعين درهما [1] .

(٢) وبما روى أن عمر بعث إلى امرأة مغيبة [2] ، كان رجل يدخل عليها ، فقالت : يا ويلها ، ما لها ولعمر ، فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق ، فألقت ولدا فصاح الصبي صيحتين ، ثم مات ، فاستشار عمر ، أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيئ ، إنما أنت وال مؤدب ، وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ ، فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك[3] ، يقول الشيرازي : فأمر عمر عليا أن يقسم عقله على قريش ، أي أن يقسم دية الجنين على عاقلة عمر وهي قريش [4] .

---

(١) علاء الدين على المتقي بن حسام الدين ـ كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ـ جـ ١٤ ـ ص ٢١١ رقم ٤٢٥ (في فضائل الفاروق) .

(٢) كان زوجها غائبا في سفر ونحوه ، يقابل المغيبة : المشهد : وهي التي زوجها شاهد حاضر .

(٣) إرواء الغليل للألباني ـ جـ ٧ ـ ص ٣٠١ ، حيث يقول : لم أره ، ولا يلزم من عدم رؤية للأثر أن يكون ضعيفا في ذاته ، راجع : مسند عمر بن الخطاب لابن كثير ـ ص ٢١٥ .

(٤) الشيرازي ـ المهذب ـ جـ ٢ ـ ص ١٩٢ ، وقد أخرجه البيهقي عن الحسن وهو منقطع بينه وبين عمر ، ورواه عبد الرازق عن معمر ، ورواد الشافعي بلاغا عن عمر مختصرا ، راجع سنن البيهقي ـ جـ ٨ ـ ص ٣٢٢ ، ومسند عمر بن الخطاب لابن كثير ـ ص ٢١٥ ، حيث قال ابن كثير : إنه مشهور متداول ، وتكملة المجموع للمطيعي ـ جـ ١٧ ـ ص ٣٧٤ ، وراجع في كتب الفقه : مغنى المحتاج جـ ٤ ـ ص٣ ، والمغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٧٨١ ـ طبعة مكتبة الرياض الحديثة ، وتبيين الحقائق ـ جـ ٦ ـ ص ٩٧ وما بعدها ، والأحكام السلطانية للماوردي ـ ص ٢٢٢ ، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ـ جـ ٧ ـ ص ٢٣٦ .

ووجه الدلالة في هذا الأثر :

أن عمر - رضي الله عنه - قد استشار أصحابه في ضمان إفزاع المرأة على نحو أدى إلى إجهاضها فرأى بعضهم عدم الضمان لفعل عمر، تأسيسا على أنه يتوافر بالنسبة له سبب الإباحة حيث إن ولاية التقويم والتأديب على رعيته ، لكن عليا رأى الضمان لأنه هو المتسبب في الخوف والإفزاع وما تسلسل عنهما من إجهاض المرأة ، وقد لقي رأي أبي الحسن استحسانا من - عمر رضي الله عنهما - فأقره ، وعمل به ، وقرر ضمان الجنين الذي سقط بسبب من قبله وهو الإفزاع والخوف الذي يعد من قبيل الضرر الأدبي غير المالي ، وضمانه في هذا الأثر يدل على الجواز [١] .

(٣) أخرج البيهقي في السنن الكبرى أن عمر وعثمان - رضي الله عنهما - كانا يعاقبان على الهجاء [٢] .

والعقاب على الهجاء يقتضي أن يكون السب والقذف وغيرهما من الأضرار التي تنال من شرف الإنسان واعتباره محل ضمان، ولو لم تكن كذلك ما قام صاحبيان جليلان مثل عمر وعثمان - رضي الله عنهما - بضمانها.

(٤) وأخرج البيهقي أن عليا -رضي الله عنه- قال في الرجل يقول للرجل:يا خبيث،يا فاسق،قال ليس عليه حد معلوم،يعزز الوالي بما يرى.[٣]

---

(١) د. محمد حسين الشامي ـ المرجع السابق ـ ص ٥٢٠ ، حيث يقول : يستدل من هذا أن الضرر الأدبي هو السبب في التعويض لأمرين . أولهما : أنه لم يحدث أي أذى مادي حتى يقال إن هناك مباشر ، والثاني : أن التسبب ليس هو السبب المباشر في إيجاب التعويض لأن من حق عمر المحافظة على النظام والاستجواب للتهم ، وإنما الذي حصل هو الفزع النفسي الذي بسببه ألقت جنينها فكان الضمان بسبب الإفزاع وهو ضرر أدبي .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ـ جـ ٧ ـ ص ٢٥١ .

(٣) المرجع والمكان السابقان .

(٥) وروى عبد الرازق أن عمرو بن العاص وهو أمير مصر قال لرجل : يا منافق ، فشكاه إلى عمر بن الخطاب ، فكتب عمر إلى عمرو : إن أقام عليك البينة جلدتك سبعين جلدة ، فشهد الناس واعترف عمر ، فأمكن عمرو الرجل من نفسه فعفا عنه [١] ، وفي رواية أن عمر قال لعمرو : اكذب نفسك على المنبر ففعل [٢] .

وقد دلت هذه الآثار على أن الفعل الضار ضررا أدبيا مضمون على فاعله ، يدل على ذلك قول علي فيما أخرجه البيهقي لمن قال لرجل يا خبيث يا فاسق : يعزره الوالي بما يرى ، كما يدل على ذلك أيضا فعل عمر مع عمرو بن العاص – رضي الله عنهما – ، حيث حكم بضمان الفعل الذي أخل بحق الرجل الأدبي من خلال وصفه بالنفاق ، صحيح أن الضمان قد اتخذ شكل التعويض العيني ، أي تكذيب ما نسب إليه ، كما تواترت بذلك بعض الروايات ، أو أن عمر قد قرر عقابا مقداره سبعون جلدة ، وهذا لا يمنع من القول بتقرير الضمان عن الضرر الأدبي .

وفي هذا المعنى يقول الأستاذ الزرقا تعليقا على الأثرين الواردين عن عمر وعلي – رضي الله عنهما – : وأول ما نستنتج من النصوص الواردة أن الخلفاء الراشدين عاقبوا على الإضرار الأدبي ، لكن بغير طريق التعويض المالي [٣]،والنتيجة الثانية : أن مدى المسئولية عن الضرر الأدبي ، تعود إلى تقدير الحاكم ما لم تبلغ حد القذف الشرعي الذي عينت

---

(١) كنز العمال ـ جـ ٣ ـ ص ١٢٠ ، وراجع : د. رويعي الرحيلي ـ فقه عمر ـ السابق ـ جـ ١ ـ ص ٣٤٥ .

(٢) كنز العمال ـ المكان السابق .

(٣) د. مصطفى الزرقا ـ الفعل الضار ـ ص ٥٣ .

فيه الشريعة عقوبة محددة ، كما يمكن أن يقال أن تكذيب النفس علنا يمكن أن يعد في بعض الأحوال إزالة عينية للضرر [١] .

(٦) وقد حدث محمد بن كثير بن الأوزاعي ، عن ابن حرملة ، قال : تلاحى رجلان فقال أحدهما ألم أخنقك حتى أحدثت ؟ ، فقال : بلى ، ولكن لم يكن لى عليك شهود ، ثم أشار إلى عمر بن عبد العزيز فأرسل في ذلك إلى سعيد بن المسيب ، فقال يخنقه كما خنقه حتى يحدث ، أو يفتدي منه فأفتدى منه بأربعين بعيرا [٢] .

وهذا الأثر يفيد جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال ، وإلا فلو كان تعويض الضرر الأدبي غير جائز لما وجب الفداء في الحكم بالمال ، حيث إن الضرر لم يترك أي أثر مادي في الجسم ، وقد روى عن محمد بن الحسن أنه قال : يجب في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى أثرا حكومة بقدر ما لحق المصاب من الألم [٣] ، وقد جاء في الأحكام السلطانية : ولو تعلق بالتعزير حق لآدمي ، كالتعزير في الشتم أو الضرب ففيه حق للمشتوم أو المضروب ، وحق السلطنة للتقويم والتهذيب ، فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم أو المضروب ، وعليه أن يأخذ حقه من تغريم الشاتم أو الضارب [٤] .

---

(١) المرجع نفسه ــ ص ٥٤ .

(٢) اعلام الموقعين ــ لابن القيم ــ جـ ١ – ص ٢١٩ .

(٣) المبسوط ــ للسرخسي ــ جـ ٢١ ص ٨١ .

(٤) الأحكام السلطانية ــ للماوردي ــ ص ٢٦٨ ــ المكتبة التوفيقية .

١٠٤- رابعا : دليلهم من الإجماع :

وللقائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال دليل من الإجماع حكاه ابن قدامه في المغنى : في حكم قضى به عثمان - رضي الله عنه - ، وذلك في قضية رجل ضرب آخر حتى أحدث ، فقضى عثمان عليه بثلث الدية ، خلافا للقياس الذي يقضي بأن الدية لا تجب إلا لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال ، وليس في القضية المحكوم فيها شيئ من ذلك ، وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان - رضى الله عنه - ، لأنها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون إجماعا [١] ، ولأن قضاء الصحابة بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف ، وسواء كان الحديث ريحا أو غائطا أو بولا ، وكذلك الحكم فيما أفزعه حتى أحدث [٢] .

ووجه الشاهد فيما ذكره ابن قدامه : أن حكم عثمان بالتعويض قد ورد في تلك القضية بسبب ضرر لا يخرج توصيفه عن كونه ضرراً أدبياً وهذا الحكم كان في مظنة الشهرة ، ولم يرد ما يخالفه ، فيكون إجماعا عليه ، إذا أن هذا الحكم من عثمان - رضي الله عنه - يدل على أنه توقيف ، ثم قاس ابن قدامه على الحكم كل فزع ، الأمر الذي يمكن معه القول : إن التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي جائز .

١٠٥- خامسا : دليلهم من المعقول :

كما أن للقائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي دليلا من المعقول ، ذلك أن الضرر الأدبي ، لا يقل أثرا في النفس من ناحية تحقيق الألم الذي يبعثه عن الضرر المالي ، بل إن الضرر المالي قد يكون أهون من الضرر

---

(١) المغنى لابن قدامة ـ جـ ٧ ـ ص ٨٣٥ .

(٢) المرجع والمكان السابقان .

الأدبي ، وإذا كان التعويض عن الضرر مطلقا مبعثه تخفيف حدة الألم في نفس المضرور بإزالة آثار الضرر عنه ، ومحو بقاياه من نفسه ، فإنه لا يستساغ _ وأمر التعويض كذلك _ أن يكون قصرا على الضرر المادي دون الأدبي ، الأمر الذي يجعل التعويض عن الضرر الأدبي ، أمرا يحتمه النظر السليم والقياس الراجح ، خاصة إذا كان النظر معضدا بما سبق من أدلة على جوازه من الكتاب والسنة والإجماع وآثار الصحابة كما رأينا ، كما أن القول بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي سوف يفتح الباب للتعدي على أعراض الناس ، وسوف يشجع المعتدين على ولوج هذا الباب، ومن ثم يكون تقرير التعويض عنه بالمال زاجرا للمعتدين ، ورادعاً لهم ، كما سيكون ذلك ذريعة لحفظ أعراض الناس ومنع التطاول عليهم(١).

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني _ ص ٣٠٠ ، حيث ذكرت من ضمن الحجج التي يستند إليها جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي : أن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على أعراض الناس وسمعتهم ، مشار إليها _ في الفعل الضار _ للأستاذ مصطفى الزرقا _ ص ١٢٥ .

الفرع الثاني

أدلة القائلين بعدم مشروعية ضمان الضرر الأدبي

١٠٦ – وللقائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال يمكن ردها إلى عدة أمور :

أولها : إن في تقرير التعويض عن الضرر بالمال ، تعزيراً بالمال والتعزير بأخذ المال لا يجوز في الراجح عند الأئمة (١) ، لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه بغير حق ، وقد نسخ التعزير بأخذ المال (٢) .

ثانيها : إن في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي مخالفة شرعية صارخة ، حيث ينطوي هذا التقرير على إضافة تعويض آخر زائد عما حدده الله ورسوله فوق الدية المقدرة شرعاً ، تحت مسمى الضرر الأدبي ، بينما الشريعة قد حسمت هذا الأمر، وحددت مقدار الواجب في الجناية على النفس بما لا يدع مجالاً لإضافة أو تغيير ، إن النص على تقدير تعويض عن الضرر الأدبي ، سوف يفتح الباب أمام القاضي على مصراعيه للاعتباط والتحكم في تقدير تعويض أدبي مزعوم زيادة على الدية ، يؤدى

---

(١) راجع : بدائع الصنائع – للكاساني جـ ٧ – ص ٦٣ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار – جـ ٣ ـ ص ١٩٥ وما بعدها ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ جـ ٤ ـ ص ٢٥٤ .
وحاشية الشرقاوي على التحرير ـ جـ ٢ ـ ص ٤٤٨ . حيث يقول : ولا يجوز التعزير بالمال خلافا للحنفية . والمغني لابن قدامة جـ ٨ – ص ٣٢٦ حيث يقول : والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ، ولا يجوز قطع شيئ منه ، و لا جرحه ، ولا أخذ ماله لأن الشرع لم يرد بشيئ من ذلك عن أحد يقتدي به ، ولأن الواجب أدب والتأديب لا يكون بالإتلاف .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ـ جـ ٤ ـ ص ٦١ ، وراجع في عدم جواز التعزير بأخذ المال مطلقا ، د. محمد سعيد رمضان ـ محاضرات في الفقه المقارن ـ ص ١٠٠ وما بعدها ـ دار الفكر بيروت.

إلى الأقارب لتعويضهم عما يستشعرون من ألم بسبب موت المضرور ، ولهذه العلة يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض لا للأقارب فحسب ، بل وكذلك للأزواج مراعيا ظروف العائلة ، في تعيين حظ أفرادها من الحزن والفجيعة ممن لا يقتصر أمرهم على رغبة الإفادة ماليا عما كانوا يكنونه للمتوفى من عواطف الحب والولاء ، وفي هذا مع المخالفة السابقة ، مخالفة لاحقة ، حيث سيؤدي ذلك إلى مخالفة أحكام الإرث الشرعية ، حين يترك الأمر للقاضي ليوزع التعويض على أحظ أفراد الأسرة من الحزن والفجيعة [١] ، وذلك على نحو ما ورد في المادتين (٢٧٣) ، (٢٧٤) من التقنين المدني الأردني ، حيث تنص المادة (٢٧٣) مدني أردني على ما يأتي : ما يجب من مال في الجناية على النفس وما دونها ولو كان الجاني غير مميز هو على العاقلة أو الجاني ، للمجني عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون ، وتنص المادة (٢٧٤) مدني أردني على أنه : رغما عما ورد في المادة السابقة ، كل من أتى فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني عليه ، أو ورثته الشرعيين ، أو لمن كان يعولهم وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار .

وعلى ضوء ما تقضي به المادة (٢٧٤) مدني أردني يكون هنالك أمر زائد على ما قررته الشريعة دون سند شرعي ، واستناداً إلى تبرير متكلف ، غريب عن منهاج الشريعة ومباني أحكامها [٢] .

ثالثها : إن الضرر الأدبي الخالي من الآثار المالية ، هو من الأمور الاعتبارية محضا ، وذلك كالشرف والسمعة ، ومن ثم كان غير

---

(١) راجع في سرد هذه الأدلة : الأستاذ مصطفى الزرقا ـ السابق ـ ص١٢٦ وما بعدها .

(٢) مصطفى الزرقا ـ المرجع نفسه ـ ص ١٢٧ .

صالح للتعويض عنه بالمال ، والأولى بـــه أن يخضـــع لقواعـــد التعزيـــر الشرعي.

١٠٧- المناقشة والترجيح :

هذه هي أدلة الفقهاء في مدى مشروعية التعويض عـــن الضـــرر الأدبـــي بالمال آثرت أن أذكرها كما وردت عنهم ، مع الاستدلال لكـــل قـــول بمـــا يمكن أن يستدل به من أدلة الشريعة ، ولكن يبقـــى مـــع ذلـــك أن نـــورد المناقشات الواردة على أدلة كل قول ، أو التي يمكن إيرادها عليه ، وذلـــك قصداً لاستجلاء الرأي الراجح في المسألة .

١٠٨- مناقشة أدلة القول الأول :

وقد وردت على أدلة القول الأول مناقشات عديدة يمكن إجمالها فيما يلي :

أولا : الأمثلة الفقهية التي استشهد بها القـــائلون بجـــواز التعويـــض عـــن الضرر الأدبي ، ليست من الضرر الأدبي في شـــيئ ، فـــالألم والشـــين ، وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر كلها أضرار ماديـــة ، لا نـــزاع فـــي جواز التعويض المالي عنها ، ولا تصلح للاحتجاج شرعا على التعويـــض المالي عن الضرر الأدبي (١) . على أنه يلاحظ أن بعـــض مـــا يوصـــف تساهلا بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادي يمكن تعويضه ، وفـــق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية ، ومن ذلـــك إيقـــاع الألـــم بالضرب أو اللطم ولو لم يترك أثراً ، وكذلك نقص جمـــال عضـــو مـــن الأعضاء (٢) .

---

(١) د. مصطفى الزرقا ــ المرجع نفسه ــ ص ١٢٣ .

(٢) المرجع والمكان نفسه .

١٠٩ - رد هذه المناقشة :

ويرد على هذه المناقشة أمران :

الأول : إذا كان الألم والشين وفوات الزينة وغيرها تستأهل التعويض ، كما ورد في المناقشة ، يكون في هذا تسليم بأنها يجوز أن يرد عليها التعويض بالمال ، وذلك هو المقصود ، أما وصفها بأنها أضرار مالية ، وليست أضراراً أدبية ، فذلك لن يغير من الحكم شيئا ، وهي عند الفقهاء تعتبر من قبيل الأضرار الأدبية .

الثاني : القول بأن كل ما ورد بصدد الاستدلال على جواز التعويض عن الضرر الأدبي بأنه ليس من الضرر الأدبي ، لا يستقيم مع الأمثلة التي ضربها القائلون بالجواز مدعومة بالأدلة من كتاب الله تعالى وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - وآثار الصحابة ، كما ورد عن عمر وعثمان وعلى وعمر بن عبد العزيز ، وقد وردت تلك الأمثلة بخصوص أضرار لا يمكن اعتبارها من قبيل المال الذي يجوز الاعتياض عنه ، ومع ذلك فقد قرر الفقهاء جواز التعويض عنها بالمال [١] ، رغم أن الوصف الغالب عليها أنها أضرار أدبية بالمعنى الذي يراه الفقهاء .

ثانيا : لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للإضرار الأدبي ، وإن حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك ، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الإضرار الأدبي ، إنما هو

---

(١) راجع أدلة القول الأول .

التعزير الزاجر و بس التعويض المالي ، إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالا متقوما يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه [1] .

١١٠ - وهذه المناقشة أيضا يرد عليها أمران :

الأول : أن القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال ، لا ينازعون في الحكم المقرر من قبل الشارع بخصوص بعض الأضرار ذات الصبغة الأدبية مثل حد القذف وغيره من العقوبات التي يغلب عليها جانب حق العبد ، والتي قررها الشارع حفظا لشرفه واعتباره ، فهذه العقوبات واجبة التطبيق وهي محل اتفاق ، أما جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال ، فإنه وارد في المواطن التي يرد فيها عن الشارع حكم مقدر أو عقاب واجب ، وأقوال الفقهاء القائلين بمشروعية التعويض عن الضرر الأدبي بالمال - وحسبما وردت - ، بعيدة عن هذا النطاق ، لأنها تدخل في نطاق السلطة التقديرية الممنوحة للحاكم كإجراء لحفظ الحقوق ومنع التعدي عليها بما يراه ، وهذا لا يكون إلا في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع نص يفيد حكما واجب الاتباع .

الثاني : أما قول المانعين : إن شرف الإنسان وسمعته ليس مالا متقوما يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه ، فإنه محل نظر ، ذلك أن شرف الإنسان وسمعته يمثلان حقا من أسمى حقوق الإنسان وأعظمها خطرا في حياته ، والألم الذي يصيب الإنسان بسبب التعدي على شرفه وسمعته واعتباره - حتى في الحالات التي ينطوي فيها هذا التعدي على مساس

---

(١) د. مصطفى الزرقا ــ المرجع نفسه ــ ص ١٢٤ .

بالحقوق المالية له - قد يكون أقوى من الألم الذي يصيبه بسبب ضرر مالي ، ومن ثم كان استئثار الأخير بالتعويض المالي ، وإخراج الضرر الأدبي من دائرته ، أمرا غير ذي معنى .

ثم إن الغرض من التعويض ليس إحداث تقابل بين قيم مالية مفقودة من جراء الضرر ، وإحلال مال آخر محلها ، وإنما الغرض من التعويض محو آثار الضرر من نفس المضرور ، وتخفيف ألمه من نفسه ، وهذا المعنى موجود في الضرر الأدبي بقدر ما هو موجود في الضرر المادي .

الثالث : كما أن القول بأن ما يقع من ضرر أدبي يمكن أن يجابه بالتعزير، قد يكون حجة على المانعين لا هم ، إلا إذا كانوا يرون رأي من لا يجيز أخذ المال وهو رأي مرجوح كما سنرى ، لكننا إذا سلمنا بأن التعزير هو طريق مجابهة الضرر الأدبي ، فإن من التعزير تغريم المال كما ذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء ، ويكون ضمان الضرر الأدبي بالمال داخلا ضمن ما يقررونه وما يتمسكون به .

ثالثا : قال المانعون لمشروعية تعويض الضر الأدبي بالمال : إننا لو سلمنا بأن التعويض عن الضرر الأدبي جائز بالمال ، لوجب أن يذهب المال إلى خزانة الدولة لا إلى جيب المضرور ، وهذا لا يقولون به ، وليس هو مرادهم [١] .

---

(١) د. مصطفى الزرقا ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥ .

١١١- رد هذه المناقشة :

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن الهدف من التعويض هو تحقيق المماثلة بين التعويض والضرر ولما كان ذلك غير ممكن في إطار التعويض عن الضرر الأدبي ، فإن الهدف يصبح هو مواساة المضرور ، اقتداء بما رسمه الشارع في الدية والأرش ، ومن ثم يكون ذهاب المالية أولى ، دفعا للنزاع وقطعا لدابر الشر من النفوس ، ثم إن المهم في موضوعنا هو جواز تغريم المسئول عن ضرر أدبي ، فإذا سلمنا بذلك يكون توجيه المال المدفوع مسألة أخرى ، تخضع لنظر الحاكم وما يمليه العرف السائد ، أما نفيهم لمراد القائلين بالمشروعية فهم لا يملكونه ، لأن القصد لا يعلمه إلا الله، ومن ثم كان نفيهم له نفيا لأمر لا يعلمونه ، فيكون باطلا لا اعتبار له.

١١٢- مناقشة أدلة المانعين لجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال:

كما أن أدلة القائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضر الأدبي بالمال لا تسلم - هي الأخرى - من المناقشات ، حيث يمكن أن ترد عليها المناقشات التالية :

أولا : أن اعتبار التعويض عن الضرر الأدبي بالمال ، تعزير بالمال غير جائز عند الأئمة ، يرد عليه : إن الذين قالوا بتحريمه استدلوا بقول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم [١]، وقوله - صلى الله عليه وسلم -: لا يحل لأحد من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه [٢] ، وقالوا : إن التعزير بأخذ

---

(١) سورة النساء _ آية ٢٩ .

(٢) رواه البيهقي بطرق متعددة ، راجع السنن الكبرى _ جـ ٦ _ ص ٩٧ .

المال مطلقا أكل لأموال الناس بالباطل ، منهي عنه بنص الآية الكريمة ، وأخذ للمال من المسئول عن غير طيب نفس منه ، وهو جائز كما أرشد حديث النبي – صلى الله عليه وسلم – ، وهذا الاستدلال مردود بما قرره كثير من الفقهاء من أن التعزير بأخذ المال جائز [1] ، وقد أثبت ابن تيمية

---

(١) يرى أبو يوسف أن التعزير بأخذ المال جائز إن كان في أخذه مصلحة ، راجع : حاشية عابدين ـ جـ٣ ـ ص ١٨٤ ، وتبيين حقائق للزيلعي ـ جـ٣ ـ ص ٢٠٨ ، وذكر ابن البزار في فتاواه : إن التعزير بأخذ المال جائز دون نسبة ذلك إلى قول أبي يوسف ، الفتاوى البزازية ـ لابن البزاز الكردي جـ٢ ـ ص ٤٥٧ ، طبعة ١٣٠٨ بأوربا ، وعند الشافعي في قول يجوز التعزير بأخذ المال ، الحسبة في الإسلام ـ ص ٤٠ ، وحاشية الشبراملسي على شرح المنهاج ـ جـ ٧ – ص ١٧٤ ، وفيها : ولا يجوز على الجديد بأخذ المال ، كما أنه جائز في قول مشهور في مذهب الإمام مالك . راجع : الحسبة في الإسلام ـ المكان نفسه ، تبصرة الحكام لابن فرحون ـ على هامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ـ جـ ٢ ـ ص ٣٦٧ وما بعدها ، حيث ذكر أمثلة عديدة للعقوبات المالية ، وقد جاء فيه : والتعزير بالمال قال به المالكية ، كما أنه في مذهب أحمد مشروع باتفاق في مواضع وباختلاف في مواضع أخرى ، الحسبة ـ المكان نفسه ، راجع : كشاف القناع ـ جـ ٤ ـ ص ٧٤ وما بعدها حيث يقول : والتعزير بالمال شائع إتلافا وأخذا ، وقول الموفق : لا يجوز أخذ ماله إشارة إلى ما يفعله الحكام الظلمة ، وراجع في مشروعية التعزير بالمال ، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي ـ جـ ٢ ـ ص ٢٠٨ ، والفصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لا يوجب للإمام مجد الدين أبي الفتح المعروف بالاستروشني المتوفى سنة ٦٣٢هـ مخطوط رقم ٩٥٠ مجاميع بمكتبة بخيت بالأزهر رقم ٤٦١٠٣ – ص ٧ ، وما بعدها ، ومحمد بن عابدين الأنصاري الخزرجي السندي ثم اليمني المتوفى سنة ١٢٥٧هـ ، شرح على الدر المختار ـ مخطوط رقم ٩٨٧ بمكتبة الرافعي بالأزهر ـ جـ ٦ ورقة ٦٠٤ وما بعدها ، والشيخ أحمد فهمي أبو سنه ، العرف والعادة الإسلامية ، الطبعة الخامسة ١٩٧٦ ، فقرة ٣٤١ وما بعدها ـ دار الفكر العربي ، ونيل الأوطار للشوكاني ـ جـ ٤ ـ ص ١٣٨ ، وما بعدها ، وقد جاء في معين الحكام ـ للإمام علاء الدين ابن أبي الحسن على بن خليل الطرابلسي الحنفي ، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣م ، ص ١٩٥ : مسألة : يجوز التعزير بأخذ المال ، وهو مذهب أبي يوسف وبه قال مالك ، ومن قال : إن العقوبة المالية منسوخة فقد غلط نقلاً واستدلالا ، وليس بسهل دعوى نسخها ، وقد جاء في الطرق الحكمية .. لابن قيم الجوزية ـ تحقيق د. محمد جميل غازي ـ ص ٣٨٦ : وأما التعزير بالعقوبات المالية فمشروع أيضا في مواضع مخصوصة في مذهب مالك وأحمد وأحد قولي الشافعي ، وقد جاءت السنة عن رسول – الله صلى الله عليه وسلم – وأصحابه بذلك .

وتلميذه ابن القيم أن التعزير بالعقوبات المالية مشروع في مواضع مخصوصة في مذهب مالك في المشهور عنه ، ومذهب أحمد وأحد قولي الشافعي ، كما دلت عليه سنة رسول - الله صلى الله عليه وسلم - ، ومنه أخذه شطر مال مانع الزكاة ، كما جاء في حديث بهز بن حكيم عن حكيم عن أبيه عن جده - رضي الله عنهم - ، قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : في كل سائمة ابل في أربعين بنت لبون ، لا تفرق ابل عن حسابها ، ومن أعطاها مؤتجرا بها فله أجرها ، ومن منعها فإنا آخذوها ، وشطر ماله ، عزمة من عزمات ربنا ، لا يحل لآل محمد منها شيئ [1] ، حيث دل هذا الحديث على جواز العقوبة بالمال [2] ، ومنه تحريق عمر وعلى - رضي الله عنهما - المكان الذي يباع فيه الخمر ، ونحو هذا كثير يدل على أن التعزير بأخذ المال أمر جائز [3] .

وقد قرر ذلك الفقهاء الذين احتج المانعون بأقوالهم ،..يقول ابن قاسم في حاشيته على الروض المربع تعليقا على قول المصنف:[4] وتحريم تعزير بحلق لحية، وقطع طرف أو جرح أو أخذ مال أو إتلافه: قالوا: لأن الشرع لم يرد بشيئ من ذلك عمن يقتدي به ، وقال الشيخ وابن القيم وغيرهما : يجوز بأخذ مال وإتلافه ، فالتعزير بالعقوبات المالية مشروع

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائي ، وصححه الحاكم ، وعلق الشافعي -رضي الله عنه - القول به على ثبوته ،راجع : سبل الإسلام للصنعاني ـ جـ ٢ـص ٢٤٣ـطبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

(٢) سبل السلام للصنعاني ـ جـ ٢ ـ ص ٢٤٥ ، وقارن ما ذهب إليه د. محمد سعيد البوطي ـ السابق ـ ص ١٥٦ وما بعدها .

(٣) الحسبة في الإسلام ـ لابن تيمية ـ ص ٤٩ ، وإعلام الموقعين له ـ جـ ٢ ـ ص ٩٨ ، والطرق الحكمية ـ لابن القيم ـ ص ٢٢٦ وما بعدها ، وراجع : د. عبد العزيز عامر ـ في رسالته : التعزير في الشريعة الإسلامية ـ ص ٢٢ وما بعدها .

(٤) الشيخ منصور البهوتي ـ في الروض المربع ـ مطبوع مع حاشية ابن قاسم ـ جـ ٧ ـ ص ٣٥٠ .

في مواضع منصوصه : كسلب الذي يصطاد في حرم المدينة لمن وجده ، وكسر دنان الخمر وشق ظروفه ، وهدم مسجد الضرار ، وتضعيف الغرم على من سرق من غير حرز ، وحرمان القاتل سلبه لما اعتدى على الأمير ، وتحريق المكان الذي يباع به الخمر ، وتحريق قصر ابن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية ، وإراقة اللبن المغشوش ونظائرها (١) .

وأما دعوى نسخ العقوبات المالية ، فلم يرو عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، وإن أخذ الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة بذلك بعد موته لدليل على أن ذلك لم ينسخ ، ومدعي النسخ ليس معه حجة شرعية من كتاب ولا سنة ، والتعزير بالمال جائز على أصل أحمد ، لأنه لم يختلف أصحابه على أن العقوبات في المال غير منسوخة كلها ، وأما قول أبي محمد المقدسي : ولا يجوز أخذ ماله : أي المعزر ، فإشارة منه إلى ما كان يفعله الولاة الظلمة (٢) ، وقد قال صاحب معين الحكم : والتعزير لا يختص بفعل معين ، ويجوز التعزير بأخذ المال (٣) .

ويقول ابن قدامة في المغنى : والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب إذا رآه الإمام ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وما كان من التعزير منصوصا عليه يجب امتثال الأمر فيه ، وما لم يكن منصوصا عليه إذا رأى الإمام المصلحة فيه أو علم أنه لا ينزجر إلا به ، وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب الحد (٤) .

---

(١) حاشية ابن قاسم على الروض المربع ــ جـ ٧ ــ ص ٣٥٠ .

(٢) المرجع والمكان السابقان ، وراجع : الطرق الحكمية ــ لابن القيم ــ ص ٢٦٦ ــ دار الكتب العلمية ، والأحكام السلطانية للماوردي ــ ص ٢٦٨ ــ المكتبة التوفيقية .

(٣) الطرابلسي ــ معين الحكام ــ ص ١٩٥ ، والحسبة لابن تيمية ــ المكان السابق ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ــ جـ ٣ ــ ص ٢٧٥ .

(٤) المغني لابن قدامة ــ جـ ٨ ــ ص ٣١٦ .

وأما ما قيل من أن المنقول عن المذهب الحنفي رواية ضعيفة قال بها أبو يوسف ولا تجوز الفتوى [1] ، فمردود بأن ضعف الرواية قد تقوى بما نقل من عمل الصحابة ، وتأيد بفتوى المتأخرين من الحنفية وغيرهم ، وأخذ ابن القيم به ، وقد نص الفقهاء على أن العمل بالقول الضعيف في المذهب يجوز إذا نص الحاكم على ذلك ، وقراره يرفع النزاع [2] ، كما يجوز العمل بالضعيف في مواطن الضرورة ، هذا إلى أن القول الضعيف عندما يختار للعمل به لمصلحة الأمة لا يبقى ضعيفا ، بل يصير راجحا[3].

١١٣- خلاصة ما قيل في التعزير بالمال :

إن التعزير بأخذ المال جائز ، وإذا كان الذين قالوا بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال قد بنوا رأيهم هذا على عدم جواز التعزير بالمال يكون مردودا بما سبق ، ويكون بناء على ذلك أمرا جائزا .

ثانيا : وأما ما استدلوا به ثانيا من أن في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي مخالفة شرعية صارخة ، حيث ينطوي هذا التقرير على إضافة أمر زائد على ما قرره الله ورسوله فوق الدية المعتبرة شرعا تحت مسمى الضرر الأدبي ، بما سيؤدي إليه ذلك من اعتباط في تقدير التعويض من القضاة وتوزيعه على غير مقتضى أحكام الميراث وبناء على ما نال المضرور من حزن ، يمكن أن يقال لهم إن ما تقولونه أمر صواب

---

(١) ابن عابدين ـ المرجع نفسه .

(٢) راجع في هذا المعنى : د. محمد فوزي فيض الله ـ المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ـ السابق ـ ص ١٤١ .

(٣) الشيخ محمد مصطفى المراغي ـ بحوث في التشريع الإسلامي . مطبوعة سنة ١٩٢٧م/١٣٤٦هـ - ص٢٩.

، ونحن نوافقكم عليه ، إلا أنه يمكن تلافيه من خلال تنظيم التعويض عن الضرر الأدبي بحيث لا تتجاوز قواعده الحدود الشرعية التي ورد فيها تقدير عن الشارع، ويقتصر أمره على غير ما ورد فيه نص عن الشارع أو تنظيم له ، أما ما ورد عن الشارع فيه نص أو تقدير فإنه يكون هو الواجب الإتباع .

ثالثا : وأما ما استدلوا به ثالثا ، من أن الضرر الأدبي من الأمور الاعتبارية التي لا يمكن مقابلتها بالمال ، فمردود بأن مقصود الشارع من التعويض هو المواساة للمضرور ، ورفع ما أحدثه الضرر من حزن في نفسه ، وهذا المعنى موجود في الضرر الأدبي ، والضرر المالي على حد سواء .

١١٤ - الرأي الراجح في نظرنا :

وبالنظر في أدلة كل قول نجد أن أدلة القائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي قد ورد عليها من المناقشات ما يقلل من الطمأنينة إليها ، كما أن ما ورد على أدلة القائلين بالمشروعية من مناقشات لم يرق للنيل مما استدل به أصحاب هذا القول من أدلة الشريعة ، ومن ثم يكون القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال أمرا جائزا في نظرنا ، بشرط ألا يكون في أمر قد ورد عن الشارع فيه تقدير محدد ، ووفق الضوابط التي قررها الفقهاء .

نسأل الله التوفيق والسداد وأن يهيئ لنا من أمرنا رشدا إنه ولي ذلك والقادر عليه ،

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

فهرس تفصيلي بمحتويات البحث

الموضوع	صفحة
تقييم فكرة إساءة استعمال حق العدول ------------	٤٤
العدول ليس حقاً بالمعنى الصحيح للحق ------------	٤٧
الرد على القائلين ببقاء الخطبة رغم العدول عنها ----	٤٨
موقف القضاء من العدول ----------------------	٤٩
الخطبة ليست عقداً غير محدد المدة --------------	٥٢
الفصل الثاني :	
أساس التعويض عن فسخ الخطبة ----------------	٥٥
المبحث الأول	
الخطأ المقترن بالعدول عن الخطبة --------------	٥٦
ضوابط فكرة الخطأ في القانون ----------------	٥٨
التعريف بالخطأ في فقه القانون ----------------	
حقيقة الخطأ في اللغة واصطلاح الفقهاء ------------	٦٣
أركان الخطأ في فقه القانون -------------------	٦٤
(١) الركن المادي للخطأ ----------------------	
الواجبات القانونية غير المنصوص عليها ------------	٦٦
الاتجاه الأول : الاستناد إلى المبادئ العامة للقانون ----	٦٧
الاتجاه الثاني : الاستعانة بقواعد الأخلاق ----------	٦٨
الاتجاه الثالث : فكرة وجود واجب قانوني عام بعدم الإضرار بالغير ----------------	٦٩
أولاً : الإخلال بحق الغير --------------------	٧٠
ثانياً : القصور عن عناية الرجل اليقظ -------------	٧٢
(٢) الركن المعنوي في الخطأ (الإدراك) ----------	٧٤

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة
	١٣٤

الموضوع	صفحة
(١) التعويض العيني للضرر الأدبي ------------	١٣٥
حق الرد أو حق التصحيح ----------------	١٣٧
المساس بالحق الأدبي في كتاب ----------------	١٣٨
(أ) شروط الحكم بالتعويض العيني -------------	١٣٩
(١) أن يكون الحكم بالتعويض العيني ممكناً ---------	١٤٠
(٢) أن يكون التعويض العيني غير مرهق للمدين ----	
(٣) أن يكون التعويض العيني ملائماً -----------	
(٤) أن يطلب المضرور التعويض العيني ----------	١٤١
(ب) التعويض بمقابل للضرر الأدبي -------------	١٤٢
(١) التعويض بمقابل غير نقدي للضرر الأدبي -------	
(٢) التعويض النقدي للضرر الناشئ عن العدول -----	١٤٤
الظروف المؤثرة في تقدير التعويض -------------	١٤٧
أولاً : الاعتداد بدرجة الخطأ ------------------	١٤٨
ثانياً : الظروف الشخصية للمضرور من العدول -------	١٤٩
ثالثاً : حسن النية ------------------------	١٥٠
المطلب الثاني :	
أدلة مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي ---------	١٥٢
اتجاهات المانعين للتعويض عن الضرر الأدبي -------	١٥٦
الفرع الأول :	
أدلة القائلين بمشروعية ضمان الضرر الأدبي -------	١٦٣
أولاً : من القرآن الكريم -----------------	
ثانياً : من السنة النبوية ------------------	١٦٧

الموضوع	صفحة

" تم بحمد الله وتوفيقه "

رقم الايداع بدار الكتب المصرية
٢٠٠١/١٤٧٦٣